Urteilsbefristungen in der Zivilprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Carl Menge
Gerichtsassessor aus Berlin.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1915.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545813_0039

Meinem lieben Vater

zum 7. Oktober 1915.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Die urteilsmäßige Befristung nach § 255 ZPO. 4

A. Anwendungsgebiet des § 255 5

I. Unmittelbare Anwendung 5

II. Entsprechende Anwendung 7

1. Allgemeines 7

2. Die Fälle entsprechender Anwendung 10

III. Anhang. Keine Anwendung 25

B. Materiellrechtliche Bedeutung des § 255 26

C. Verbindung der Klagen auf Leistung und Schadensersatz, insbesondere die „Wertersatzklage" 36

Zweiter Teil.

Die urteilsmäßige Befristung nach § 510 b ZPO. 56

Literaturverzeichnis.

Anger, § 255 ZPO. und verwandte Bestimmungen. Im SächsArchR. 1908 S. 449 ff.
Böning, Zum alternativen Klagantrage. Im SächsArchR. Bd. 15 S. 49 ff.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. 1906.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. Bd. 3. 2. Aufl. 1913.
Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 152, Bd. 41 S. 885.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 8./9. Aufl. 1905.
Enneccerus, Kipp und **Wolff,** Lehrbuch des deutschen Rechts. Bd. 3. 1913.
Güthe-Schlegelberger, Kriegsrecht. 1915.
Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 8. 1898.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. In Fischers Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 5 1900.
Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozesses. 1903.
Hellwig, System des deutschen Zivilprozesses. 1. Teil. 1912.
Jastrow, Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar. 5. Aufl. 1911.
Josef, Klagen auf Leistung von Sachen oder auf Zahlung des Wertes. In JW. 1910 S. 919.
Litten, Die Wahlschuld. 1903.
Marquardt, Der Antrag bei Klagen auf Herausgabe. In JW. 1909 S. 37.
Moos, Die Klage auf zukünftige Leistung. Diss. Stuttgart 1902.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. 2.
Müller, Kann bei Ansprüchen auf Leistung für den Fall, daß nicht geleistet wird, zugleich auf Schadensersatz geklagt werden? In GruchotsBeitr. Bd. 57 S. 809.
v. Müller, Einseitige Fristbestimmungen. Diss. Göttingen 1902.
Neukamp, Kommentar zur ZPO. 2. Aufl. 1911.
Neumann, Kommentar zum BGB. Bd. 1. 5. Aufl. 1909.
Nöldecke in Buschs Zeitschrift Bd. 29 1901.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1910.
Otte, Die Fristsetzung im Urteil. Diss. Berlin 1912.
Petersen-Anger, Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. 1904.
Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 1 und 2,1 4. Aufl. 1913/14, Bd. 3 und 5 3. Aufl. 1906.
Popper, Die Verbindung der Leistungs- mit der Schadensersatzklage. Diss. Frankfurt 1913.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB. Bd. 2 und 3.
Pünder, Zu § 510b ZPO. In Buschs Zeitschr. Bd. 41.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. 2. Aufl. 1913.
Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 1. 1901.
Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1906.
Schmidt, Die Neuerungen im Zivilprozeßrecht. 1910.
Scholkmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Sellner, Zur Behandlung sogen. Eventualanträge. In SeuffBl. Bd. 69 S. 493 ff.
Seuffert, Kommentar zur ZPO. 11. Aufl. 1911.
Siegel, Zur prozessualen Geltendmachung der Eigentümeransprüche. In JW. 1910 S. 55.
Simeon, Recht und Rechtsgang. 5. und 6. Aufl. Bd. 1 und 2. 1912/13.
Skonietzki-Gelpke, Kommentar zur ZPO. 1911.
Stälin, Über die dinglichen Ansprüche des BGB. Diss. Tübingen 1902.
Staub, Kommentar zum HGB. Bd. 2. 9. Aufl. 1913.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 1—3. 7./8. Aufl. 1912.
Stein, Kommentar zur ZPO. 11. Aufl. 1913.
Stölzel, Zum alternativen Klagantrage. Im SächsArchR. Bd. 15 S. 129 ff.
Struckmann und **Koch,** Kommentar zur ZPO. 9. Aufl. 1910.
Sydow-Busch, Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. 1913.
Westendorf, Die objektive Klagenhäufung. Diss. Borna-Leipzig 1908.

Einleitung.

Frist im weitesten Rechtssinne ist jeder rechtlich erhebliche Zeitraum. Rechtlich erheblich wiederum ist ein Zeitraum insbesondere

a) wenn mit seinem bloßen Ablauf eine Erzeugung oder Vernichtung von Rechten eintritt,
b) wenn während seiner Dauer eine Handlung vorgenommen werden muß.

Die zu b genannten Fristen kann man zutreffenderweise als Fristen *im engeren Sinne* bezeichnen. Sie lassen sich nach dem Vorgang v. *Müllers* (S. 4) einteilen in *ermöglichende* — d. h. solche, bei denen dem Schuldner eine vorher begrifflich nicht vorhandene (wenn auch vielleicht bereits eingeräumte) Handlungsmöglichkeit gewährt wird — und *einschränkende* — d. h. solche, die eine begrifflich bereits vorhandene Handlungsmöglichkeit einschränken. Im ersten Falle erscheint die Befristung als unselbständiger Bestandteil oder als Ergänzung eines anderen Rechtsgeschäfts, durch dessen Vornahme der Schuldner in eine günstigere Rechtslage versetzt wird. Irgendwelche Rücksicht auf den Gegner braucht der Gläubiger hier nicht auszuüben. Im zweiten Falle erscheint die Fristbestimmung als selbständiges Rechtsgeschäft, mit dessen Wirksamkeit sich die Rechtslage des Schuldners verschlechtert. Hier muß der Gläubiger, da er in eine fremde Rechtssphäre eingreift, die Interessen des Gegners berücksichtigen. Aus diesem Grunde sind die einschränkenden Fristen „angemessen" zu bestimmen.[1])

---

[1]) Zu den ermöglichenden Fristen gehört z. B. die Frist zur Annahme eines Vertragsangebotes, die Stundungsfrist, die Frist bei der Auslobung (§§ 658 Abs. 2, 661 BGB.) und bei der Schuldübernahme (§ 415 Abs. 2 BGB.). Man könnte geneigt sein, die Frist des § 415 Abs. 2 zu den ein-

Für die vorliegende Abhandlung, die sich mit der Befristung im Urteil befaßt, kommen die ermöglichenden Fristen nicht in Betracht. Allerdings ist durch die Kriegsgesetzgebung in einem Falle dem Richter auch die Befugnis gewährt, dem Schuldner im Urteil eine ermöglichende Frist zu setzen. Nach § 1 der Bekanntm. v. 7. 8. 1914 über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen (RGBl. S. 359) kann nämlich das Prozeßgericht dem Beklagten auf seinen Antrag eine mit Urteilsverkündung beginnende Zahlungsfrist von längstens drei Monaten bestimmen, wenn die Lage des Beklagten sie rechtfertigt, und die Zahlungsfrist dem Kläger nicht einen unverhältnismäßigen Nachteil bringt. Diese Bestimmung, die als Ersatz für ein allgemeines Moratorium gedacht ist, hat jedoch lediglich vorübergehende Bedeutung und soll daher aus dem Rahmen der vorliegenden Arbeit ausgeschieden werden.[2])

Sieht man von § 1 der Bekanntm. v. 7. 8. 1914 ab, so können dem Beklagten im Urteile nur einschränkende Fristen gesetzt werden. Rechtliche Grundlage für derartige Fristbestimmungen

---

schränkenden zu rechnen. Das Gesetz sieht hier jedoch — im Gegensatz zu sämtlichen Fällen einschränkender Befristung — von dem Erfordernis der „Angemessenheit" der Frist ab, hält also eine Rücksicht auf den Gegner nicht für nötig. Daraus ist zu folgern, daß die Fristbestimmung nicht als Eingriff in fremde Rechtssphäre, als selbständiges beschränkendes Rechtsgeschäft, sondern nur als Ergänzung der Mitteilung von der Schuldübernahme — durch die die Handlungsmöglichkeit für den Gläubiger erst geschaffen wird — gedacht ist, und zwar auch dann, wenn sie nachträglich erfolgt. Die Frist des § 415 Abs. 2 ist also eine ermöglichende (ebenso v. Müller S. 5).

[2]) Es sei nur kurz auf die rechtliche Bedeutung dieser ermöglichenden urteilsmäßigen Fristbestimmung hingewiesen. Ebenso wie in den Fällen der §§ 255, 510b ZPO. tritt das Gericht hier an Stelle des Gläubigers (Güthe in GruchotsBeitr. Bd. 59 S. 50; Güthe-Schlegelberger S. 179ff.; and. M. Schweitzer in JW. Bd. 15 S. 320). Die Zahlungsfrist bewirkt also Stundung und hebt die Folgen der nicht rechtzeitigen Leistung, des Schuldnerverzuges, für die Zukunft auf (purgatio morae, Güthe-Schlegelberger a. a. O.). Die Frist beginnt, anders als in den Fällen der §§ 255, 510b ZPO., nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift bereits mit Urteilsverkündung. Das Urteil selbst gleicht der Verurteilung zur künftigen Leistung (§§ 257ff. ZPO.). „Nur daß in diesen Fällen die künftige Zahlungspflicht sich aus der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Rechtslage unter den Parteien ergibt, nach dem Kriegsgesetz aber im Widerspruch mit dieser Rechtslage vom Richter geschaffen wird" (Stein in LZ. Bd. 15 S. 252).

in der Zivilprozeßordnung, die als „urteilsmäßige Befristungen“ oder „Urteilsbefristungen“ bezeichnet werden sollen, sind die §§ 255, 510 b. Beide Vorschriften sind zwar prozessualer Natur, hängen aber untrennbar mit dem materiellen Rechte zusammen. Dieser Zusammenhang tritt in § 255 ZPO. klar hervor, ist dem Gesetzgeber in § 510 b jedoch verborgen geblieben, so daß sich hier theoretisch ein ziemlich unglückliches Zwittergebilde ergeben hat, dessen Vorhandensein auch nicht durch praktische Gründe gerechtfertigt erscheint.

Erster Teil.

Die urteilsmäßige Befristung nach § 255 ZPO.

Im Anschluß an Art. 354—356 allgem. HGB. hat das Bürgerliche Gesetzbuch die private einschränkende Fristbestimmung eingeführt, einen Rechtsbehelf, der in bestimmten, unter sich zusammenhangslosen Fällen private Rechtsbeziehungen auf die einfachste und natürlichste Weise, nämlich durch Zeitablauf klären soll. Sämtliche hierher gehörigen Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß die Fristbestimmung unmittelbar von Partei zu Partei als empfangsbedürftige unbedingte Willenserklärung erfolgt (private Fristbestimmung), daß sie als Ausübung eines Gestaltungsrechtes unwiderruflich ist (Planck § 283 Erl. 3b), daß die Frist angemessen sein muß, und daß der fruchtlose Fristablauf entweder eine Rechtsverwirkung (§§ 354, 355, 466, 496, 516 Abs. 2, 643, 1056 Abs. 3, 1347 Abs. 2, 2307 Abs. 2), eine Rechtserzeugung (§§ 527, 542, 910, 1003 Abs. 2, 1133, 1220 Abs. 1) oder beides zugleich (§§ 250, 264 Abs. 2, 283, 325 Abs. 2, 326, 634, 2193 Abs. 2 BGB., § 375 HGB.) zur Folge hat (rechtsumgestaltende Kraft des Fristablaufs).

Es würde zu weit führen, hier eine Erörterung über weitere Ähnlichkeiten oder Verschiedenheiten zwischen den oben erschöpfend aufgeführten Fällen folgen zu lassen, da nicht die Frage behandelt werden soll, wann und unter welchen Voraussetzungen der Privatperson das Recht erwächst, eine einschränkende Frist zu setzen, sondern welche Rechtslage ihr gestattet, die Fristbestimmung durch Urteil zu erwirken. Die Fälle der einschränkenden privaten Befristung sind also für die vorläufige Abhandlung nur insoweit von Interesse, als sie in den prozessualen Rahmen des § 255 ZPO. passen.

A. Anwendungsgebiet des § 255.

I. Unmittelbare Anwendung.

§ 255 Abs. 1 findet seinem Wortlaut nach Anwendung in allen Fällen des materiellen Rechts, in denen der Kläger (Gläubiger) dem Beklagten (Schuldner) eine einschränkende Frist zur Leistung mit der Folge setzen kann, daß er nach fruchtlosem Fristablauf berechtigt ist, entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder die Aufhebung des Vertrages herbeizuführen. Hierher gehören die weitaus wichtigsten Fälle der privaten Befristung überhaupt, nämlich:

1. Durch fruchtlosen Fristablauf wird ein Schadensersatzanspruch ausgelöst, wenn die Fristsetzung erfolgt
   a) auf Grund rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners (§ 283 BGB.),
   b) auf Grund rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners aus gegenseitigem Vertrage (§ 325 Abs. 2 BGB.),
   c) auf Grund Verzuges des Schuldners aus gegenseitigem Vertrage (§ 326 BGB.),
   d) auf Grund Spezifikationsverzuges des Käufers (§ 375 Abs. 2 Satz 1 HGB. mit § 326 BGB.; vgl. unten S. 17ff.).
2. Die Aufhebung des Vertrages kann herbeigeführt werden
   a) durch Rücktritt: in den unter 1b—d genannten Fällen der §§ 325 Abs. 2, 326 BGB., § 375 Abs. 2 HGB.,
   b) durch Wandelung: nach Fristsetzung zur Beseitigung des Mangels beim Werkvertrag (§ 634 Abs. 1 BGB.),[3])
   c) durch Kündigung: nach Fristsetzung zur Gewährung des Gebrauchs der Miet- oder Pachtsache (§§ 542 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB.).

---

[3]) Unverständlich ist die Bemerkung bei Skonietzki-Gelpke: „Soweit Minderung in Betracht kommt, gilt § 255 analog". § 255 verlangt nur, daß nach Fristablauf das Recht auf Vertragsaufhebung entsteht. Ob statt dessen wahlweise ein anderes Recht geltend gemacht werden kann, ist unerheblich. Demnach kommt im Falle des § 634 BGB. nur eine unmittelbare, nicht eine entsprechende Anwendung des § 255 ZPO. in Betracht.

In den Fällen unter 1 c und d, 2 b und c wird von der in § 283 BGB. geforderten Voraussetzung der Rechtskraft des Urteils aus dem Grunde abgesehen, weil bei gegenseitigen Verträgen der andere Teil mit Rücksicht auf seine eigene Verpflichtung das Recht haben muß, alsbald eine klare Rechtslage zu schaffen (vgl. Neumann § 326 Erl. 1).

§ 255 Abs. 2 ZPO. dehnt die Möglichkeit einer urteilsmäßigen Befristung auf praktisch weniger bedeutsame Fälle des bürgerlichen Rechts aus. Es gehören hierher:

1. diejenigen, in denen der Kläger einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen den Beklagten hat, zu deren Leistung er eine Frist mit der Folge setzen lassen kann, daß er nach ihrem fruchtlosen Ablauf die Anordnung einer Verwaltung zu verlangen berechtigt ist,

2. der Fall des § 2193 Abs. 2 BGB.

zu 1: a) § 1052. Fristsetzung auf Antrag des Eigentümers durch das Gericht gegenüber dem gemäß § 1051 rechtskräftig zur Sicherheitsleistung verurteilten Nießbraucher,

zu 1: b) §§ 2128 mit 1052. Fristsetzung auf Antrag des Nacherben durch das Gericht gegenüber dem rechtskräftig zur Sicherheitsleistung verurteilten Vorerben.

Beide Paragraphen unterscheiden sich insofern von sämtlichen anderen Fällen des § 255 ZPO., als hier die einschränkende Frist außerhalb des Prozesses nicht von Partei zu Partei — als private —, sondern nur als Zwangsvollstreckungsmaßregel durch den Vollstreckungsrichter bestimmt werden kann.[4]) Auch insofern ist ein Unterschied von den übrigen Fällen des § 255 festzustellen, als keine Verwirkung oder Veränderung des durch Fristsetzung geltend gemachten Anspruchs eintritt. Der Anspruch auf Sicher-

[4]) Streitig. Wie hier Komm. der RGRäte § 1052 Erl. 2; and. M. Planck (3. Aufl. § 1052 Erl. 2), der annimmt, daß die Fristsetzung und Anordnung der Verwaltung aus §§ 1052, 2128 durch den Prozeßrichter zu erfolgen habe. Diese Meinung ist nicht zu billigen, da mit Rechtskraft des Urteils eine Tätigkeit des Prozeßgerichts nicht mehr in Frage kommt, falls eine solche nicht ausdrücklich vor-

heitsleistung aus § 1051 BGB. (§ 2128 Abs. 1) bleibt von dem fruchtlosen Fristablauf vielmehr unberührt, es tritt nur im Interesse einer vereinfachten Befriedigung neben ihn ein (klagloser) Anspruch auf Verwaltungsanordnung, der mit Leistung der Sicherheit derart erlischt, daß die etwa angeordnete Verwaltung aufzuheben ist.

Zu 2: § 2193 Abs. 2. Ist bei einer Zweckauflage dem Beschwerten die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, überlassen, so kann ihm der Kläger (der Erbe, Miterbe oder Eventualberechtigte, § 2194) nach rechtskräftiger Verurteilung zur Vollziehung der Auflage eine Frist setzen mit der Wirkung, daß das Bestimmungsrecht nach fruchtlosem Ablauf auf ihn übergeht.

Hier ergibt sich die merkwürdige Folge, daß die Fristsetzung nicht, wie in den übrigen Fällen, auf zwei Wegen, sondern auf drei Wegen erreicht werden kann: durch private Willenserklärung, Verfügung des Nachlaßgerichts (§ 80 FGG.) und Urteil des Prozeßgerichts.

II. Entsprechende Anwendung des § 255.

1. Allgemeines.

Nur in den unter I genannten Fällen ist nach dem Wortlaut des § 255 der Antrag auf urteilsmäßige Befristung zulässig. Damit ist jedoch das Anwendungsgebiet des § 255 bei weitem nicht erschöpft. Von den oben S. 4 aufgezählten Fällen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in denen eine private einschränkende Frist gesetzt werden kann, sind eine große Anzahl bei entsprechender Anwendung in den Rahmen des § 255 anzupassen. Die Frage, welche Fälle hier in Betracht kommen, kann nicht lediglich auf Grund von Zweckmäßigkeitserwägungen gelöst werden, sondern nur bei klarer Erkenntnis von Sinn und Tragweite des § 255 ZPO.

a) Was zunächst die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 255 überhaupt anlangt, so folgert Stein aus den Fällen des Abs. 2

---

gesehen ist (z. B. §§ 769 ff., 889, 890 ZPO.). Alle Anordnungen, die eine Befriedigung des rechtskräftig festgestellten Leistungsanspruchs erstreben, sind begrifflich vom Vollstreckungsgericht zu erlassen.

„daß es für die Anwendung des § 255 nicht sowohl darauf ankomme, daß aus der Nichterfüllung innerhalb der Frist ein neuer Leistungsanspruch entsteht, sondern nur darauf, daß die dem Gläubiger erwachsene Befugnis eine Folge der Fristversäumung in Bezug auf eine Leistungspflicht ist".

Dieser Bemerkung ist in ihrem ersten Halbsatz unbedingt beizustimmen. Es erscheint bei der Verschiedenartigkeit der unmittelbar von § 255 umfaßten Fälle in der Tat unerheblich, welcher Art die Rechtsänderung des materiellen Rechts bei fruchtlosem Fristablauf sein wird, ob sie die Vernichtung oder Erzeugung von Rechten oder beides zur Folge hat. Lediglich auf die Tatsache, nicht auf die Art der Rechtsumgestaltung kommt es an.

Bedenken kann nur der zweite Halbsatz der Erwägung Steins erwecken. Es ist durchaus willkürlich, von der „Leistungspflicht" auszugehen. Das Gesetz kennt diesen Begriff nicht, es redet statt dessen von dem „erhobenen Anspruch" und seiner „Befriedigung". Nichts spricht dafür, daß hier gerade der Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 194) gemeint sei, das Recht, dem bei Schuldverhältnissen allerdings eine „Leistungspflicht" gegenübersteht (§ 241 BGB.) „Erhobener Anspruch" im Sinne der §§ 253, 255 ZPO. ist vielmehr der Anspruch der Zivilprozeßordnung, also nach Stein (vor § 253 Erl. II, 5) „die vom Kläger zum Gegenstand des Urteils gemachte Rechtsfolge eines materiellrechtlichen Tatbestandes", nach Hellwig (Lehrb. S. 150) „dasjenige, was der Richter dem Kläger zusprechen soll", kurz, das Petitum. Begrifflich ist es demnach nicht ausgeschlossen, die richterliche Fristbestimmung auch im Anschluß an eine Klage auf Feststellung zu erwirken, sofern nur nach bürgerlichem Recht für den Fall, daß der Feststellungsanspruch nicht innerhalb einer einschränkenden Frist befriedigt wird, eine Rechtsumgestaltung eintritt. In der Tat ist diese Voraussetzung in dem noch näher zu erörternden § 1003 BGB. gegeben, so daß hier mit einer Feststellungsklage der Antrag auf urteilsmäßige Befristung verbunden werden kann.[5])

---

[5]) Ebenso Stein § 255 Erl. II, 5.

Durch Nichtbefriedigung des prozeßrechtlichen Anspruchs innerhalb der Frist soll nach § 255 ZPO. die materielle Rechtsumgestaltung eintreten. Daraus ergibt sich, daß die „Befriedigung" hier notwendigerweise eine Doppelwirkung hat. Sie macht den „erhobenen" Anspruch gegenstandslos und hindert den Eintritt der Rechtsumgestaltung. Von einer Befriedigung im Sinne des § 255 kann also bei Klagen auf Leistung nur dann die Rede sein, wenn der Beklagte dem materiellen Anspruch genügt, d. h. seine Leistungspflicht erfüllt. Insofern ist der Ansicht Steins, daß die Rechtsumgestaltung eine Folge der Fristversäumung in bezug auf eine „Leistungspflicht" sei, zuzustimmen.

b) Für eine entsprechende Anwendung des § 255 auf Leistungsansprüche lassen sich nun folgende Erfordernisse aus § 255 ableiten.

aa) Der Antrag auf urteilsmäßige Fristbestimmung ist nur im Anschluß an die Klage auf Leistung möglich. Grundlage des Fristsetzungsantrages kann also nie die Klage auf Befriedigung des nach dem fruchtlosen Fristablauf entstehenden künftigen Schadensersatzanspruchs sein.[6]) Ein Antrag dahin: „dem Beklagten zur Bewirkung der Leistung eine Frist von 2 Wochen zu setzen und ihn für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs zur Zahlung von 100 Mk. Schadenserfaß zu verurteilen", ist unzulässig, falls nicht zugleich auf Leistung geklagt wird.

bb) Der „Anspruchsgegenstand" muß identisch sein mit dem „Fristsetzungsgegenstand". Aus dem klaren Wortlaut des § 255 ZPO. „für den Fall, daß der Beklagte nicht den erhobenen Anspruch befriedigt" „die beanspruchte Sicherheit leistet" (vgl. auch § 2193 Abs. 2 BGB.: Verurteilung und Frist zur Vollziehung der Auflage) ergibt sich, daß das Antragsrecht des § 255 nur ausgelöst wird, wenn außerhalb des Prozesses die einschränkende Frist gerade zur Bewirkung der eingeklagten Leistung gesetzt werden könnte. Diese Folgerung, die wie eine Selbstverständlichkeit anmutet, wird von Staub zu § 375 HGB. ganz außer acht gelassen. Wieso sich hieraus juristische Wider-

[6]) Der gegenwärtige Schadensersatzanspruch dagegen kann die Grundlage für einen Antrag aus § 255 bilden. Vgl. § 250 BGB. Darüber unten S. 10.

sprüche ergeben, das wird später dargelegt werden. Hier sei nur noch darauf hingewiesen, daß in zwei unter 2 b zu behandelnden Fällen (§ 264 Abs. 2 mit §§ 433, 640 BGB.) ausnahmsweise eine beschränkte Identität zugelassen werden kann.

cc) Es muß auf seiten des Klägers ein klagbarer, in concreto eingeklagter Leistungsanspruch vorhanden sein, dem eine entsprechende Verpflichtung auf seiten des Beklagten gegenübersteht, mag diese Verpflichtung — wie im Falle des Spezifikationskaufes — auch zugleich ein Recht darstellen. Daraus ergibt sich, daß eine Befristung lediglich zur Ausübung eines Rechts im Urteil nicht erfolgen kann. Es ist hier undenkbar, daß eine Klage auf Leistung, d. h. auf Rechtsausübung vorhergeht (vgl. Stein § 255 Erl. II, 5).

Als Ausnahmen sind wiederum die Fälle der §§ 264 Abs. 2 mit 433, 640 BGB. hervorzuheben, in denen die Wahlrechtsausübung notwendige Vorbereitungshandlung für die Erfüllung der eingeklagten Abnahmeverpflichtung bildet.

2. Die Fälle entsprechender Anwendung des § 255.

Bei Anwendung der eben entwickelten Grundsätze erscheint es in folgenden Fällen des materiellen Rechts möglich, unter entsprechender Anwendung des § 255 ZPO. eine urteilsmäßige Bestimmung der privaten einschränkenden Frist zu erwirken.

a) § 250 BGB. Frist zur Befriedigung des Naturalschadensersatzanspruchs. Bei fruchtlosem Ablauf: Umwandlung in einen Geldersatzanspruch.

Eine unmittelbare Anwendung des § 255 ZPO. dürfte hier nicht in Frage kommen, weil es nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen ist, den Geldersatzanspruch, der nicht an Stelle eines Anspruchs „auf Erfüllung" (ungenauer, aber schwer zu vermeidender Ausdruck, vgl. Planck § 280 Erl. 1 a) tritt, als Schadensersatzanspruch „wegen Nichterfüllung" zu bezeichnen. Im Falle des § 250 verwandelt sich der bereits vorhandene Schadensersatzanspruch durch vergeblichen Fristablauf nur seinem Inhalt nach. Aus diesem Grunde will Skonietzki-Gelpke (§ 255 Erl. 2) auch die Möglichkeit einer Analogie verneinen im Gegensatz zu sämtlichen anderen Schriftstellern (vgl.

Planck § 250 Erl. 4; Stein § 255 Erl. II, 4; Förster-Kann daselbst Erl. 1; Neukamp daselbst Erl. 1; Anger S. 452).

Da es jedoch nur auf die Tatsache, nicht auf die Art der Rechtsumgestaltung ankommt, kann man aus dem Gebrauch des Wortes „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" in § 255 nicht darauf schließen, daß die grundlegende Klage gerade auf Erfüllung gerichtet sein müsse. Es ist vielmehr auszugehen von dem Begriff des „erhobenen Anspruchs", in seiner oben dargelegten prozessualen Bedeutung. Dann steht einer entsprechenden Anwendung des § 255 ZPO. im Falle des § 250 BGB. nicht das geringste Bedenken entgegen. Im Gegenteil: Die Zulassung der urteilsmäßigen Fristbestimmung entspricht dem Sinne des § 250 BGB., der gerade eine Vereinfachung des Verfahrens gegenüber § 283 zugunsten des Gläubigers bezweckt (vgl. Planck § 250 Erl. 1). Diese vom Gesetz erstrebte Vereinfachung wird gefördert, wenn der Richter bereits in dem Schadensprozesse die Frist bestimmen und so etwaige Zweifel über ihre Gültigkeit ausschließen kann.

b) § 264 Abs. 2 mit §§ 433, 640 BGB. Ist beim Kauf oder Werkvertrag nach Wahl des Gläubigers die eine oder die andere Sache zu liefern, so kann der Schuldner Klage erheben „auf Abnahme der Sache a oder b nach Wahl des Gläubigers (und Zahlung des Kaufpreises von x Mk.)". Es fragt sich nun, ob der Schuldner bei dieser Klagestellung — unter der in § 264 Abs. 2 geforderten Voraussetzung, daß der wahlberechtigte Gläubiger gemäß §§ 293 ff. in Annahmeverzug ist — zugleich eine urteilsmäßige Frist zur Vornahme der Wahl mit der Folge erwirken kann, daß bei fruchtlosem Ablauf gemäß § 264 Abs. 2 BGB. das Wahlrecht auf ihn übergeht.

Man könnte geneigt sein, diese Frage aus dem Grunde zu verneinen, weil die urteilsmäßige Fristbestimmung lediglich zur Ausübung eines Rechts (hier des Wahlrechts) ausgeschlossen ist. Diese Lösung würde jedoch durchaus nicht befriedigen, da gerade im Falle der Wahlschuld ein berechtigtes Interesse des Schuldners dahin drängt, die Ungewißheit über den Inhalt der Leistungspflicht durch schleunigste Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die eine oder andere Leistung zu beseitigen. Zumal

bei Sachen, deren Aufbewahrung erhebliche Kosten verursacht oder die dem Verderb ausgesetzt sind, muß der Schuldner befugt sein, sobald als irgend möglich sein Hinterlegungs- oder Versteigerungsrecht auszuüben (vgl. §§ 372, 383 BGB. u. § 373 HGB.). Da eine Beschleunigung des Verfahrens gerade durch die urteilsmäßige Fristsetzung erreicht werden kann, ist also vom praktischen Standpunkte aus eine entsprechende Anwendung des § 255 ZPO. erstrebenswert. Dieses Ziel läßt sich auch auf theoretischem Wege erreichen.

Es wurde schon angedeutet, daß die Abnahmeverpflichtung bei der Wahlschuld in dem Augenblicke entsteht, in welchem eine tatsächliche Hinwegnahme der alternativ geschuldeten Sachen möglich ist, d. h. beim einfachen Kauf regelmäßig bereits mit Abschluß des Vertrages, beim Werkvertrag erst nach beendigter Herstellung des Werkes. Die Abnahmepflicht, deren *Entstehung* demnach unabhängig ist von der Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die eine oder andere Sache, kann nun ohne Ausübung des Wahlrechts *nicht erfüllt* werden. Die Wahl ist notwendige Vorbereitungshandlung für die darüber hinausliegende, bereits vorhandene Verpflichtung des Gläubigers. Man wird daher in diesen Fällen — übrigens den einzigen in Betracht kommenden — nicht nötig haben, die Anwendung des § 255 ZPO. aus dem Grunde zu verneinen, weil die Frist zur Rechtsausübung gesetzt sei. Die Rechtsausübung ist hier zugleich Gegenstand einer mittelbaren Verpflichtung. (Ähnlich *Litten* S. 127; and. M. *Planck* § 264 BGB. Erl. 1.)

Es ergibt sich jedoch das weitere theoretische Bedenken, ob hier das oben aufgestellte Erfordernis der Identität zwischen „Anspruchsgegenstand" und „Fristsetzungsgegenstand" gewahrt ist. Der Schuldner klagt im gedachten Falle nicht auf Vornahme der Wahl, sondern begehrt darüber hinaus Abnahme. Dennoch ist diese unmöglich, ohne daß eine Beschränkung der alternativ geschuldeten Leistungen eingetreten ist. Der „Fristsetzungsgegenstand" ist also ein minus gegenüber dem „Anspruchsgegenstand", kein aliud, wie z. B. im Falle des unter III zu erörternden § 643 BGB. Es kann daher wenigstens das Erfordernis einer beschränkten

Identität als gewahrt gelten und somit folgender Satz aufgestellt werden:

> Ist die Rechtsausübung, für die eine private rechtsumgestaltende Frist gesetzt werden kann, zugleich Vorbereitungshandlung zur Erfüllung einer Verpflichtung, so kann, falls auf Erfüllung der Verpflichtung geklagt wird, die Frist zur Rechtsausübung im Urteil bestimmt werden.

Daß dieser Grundsatz dem Sinne des Gesetzes durchaus entspricht, zeigt eine Vergleichung mit dem in § 255 Abs. 2 ZPO. genannten § 2193 Abs. 2 BGB. Allerdings besteht hier eine klagbare Verpflichtung zur Vollziehung der Zweckauflage (§ 2194), und es ist auch das Erfordernis absoluter Identität gewahrt. Dennoch kann auch hier der Beschwerte nicht vollziehen, wenn er nicht das ihm vom Erblasser eingeräumte Bestimmungsrecht ausübt. Wenn die Fristsetzung hier nicht zur Ausübung dieses Bestimmungsrechts erfolgt, sondern zur Vollziehung der Auflage, so ist diese Regelung daraus zu erklären, daß es im Grunde ausschließlich auf die Vollziehung ankommt und daß der Gesetzgeber in den §§ 2192 ff. ein einheitliches, in sich abgeschlossenes Rechtsgebiet regeln konnte. Auch in den §§ 264 Abs. 2, 433, 640 ist lediglich die Abnahme dasjenige, worauf es ankommt, es müßte also folgerichtig eine Frist zur Abnahme mit der Folge des § 264 gesetzt werden können. Der technische Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die Einteilung in einen allgemeinen und einen besonderen Teil der Schuldverhältnisse machte es jedoch erforderlich, das Wahlrecht gesondert und ohne Rücksicht auf die Abnahme zu behandeln. Daraus erklärt sich, daß im Falle des § 264 Abs. 2 die Frist nicht zur Abnahme, sondern zur Wahlausübung gesetzt wird, und daß trotzdem die gleiche Folge wie im § 2193 Abs. 2 eintritt, nämlich Übergang des Bestimmungsrechts auf den „anderen Teil".

Dieser, vom Standpunkt des § 255 ZPO. rein zufällige, auf Gesetztechnik beruhende Unterschied zwischen dem § 264 Abs. 2 und dem § 2193 Abs. 2 kann nicht von maßgebender Bedeutung sein. Es ist daher in § 2193 Abs. 2 geradezu eine Bestätigung für die Richtigkeit des oben aufgestellten Grundsatzes zu erblicken.

Denkbar ist die Anwendung des § 255 ZPO. im Falle des § 264 BGB. noch unter einer zweiten Voraussetzung. Ist nämlich zwischen den Parteien vereinbart worden, daß der Gläubiger zur Vornahme der Wahl nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein soll — die Vermutung spricht gegen eine solche Vertragsauslegung —, so kann der Schuldner Klage auf Vornahme der Wahl erheben und in entsprechender Anwendung des § 255 ZPO. die Bestimmung der Frist des § 264 BGB. durch Urteil erwirken. In diesem Falle sind die oben erhobenen Bedenken gegen die Zulassung der urteilsmäßigen Befristung (Rechtsausübung, mangelnde Identität) nicht vorhanden.

c) § 527 mit §§ 325 Abs. 2, 326 BGB. Ist der unter einer Auflage Beschenkte mit deren Vollziehung im Verzuge oder ist er auf die Klage des Schenkers rechtskräftig zur Vollziehung verurteilt worden, hat er ferner eine ihm zur Bewirkung der Auflage gesetzte Frist verstreichen lassen, so hat der Schenker einen Anspruch auf Herausgabe entsprechend den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung, soweit das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.[7])

Hier kann in entsprechender Anwendung des § 255 mit der Klage auf Auflagevollziehung der Antrag auf richterliche Fristbestimmung verbunden werden. Das ist in der Literatur unstreitig. Nicht dagegen scheint in der Literatur völlige Klarheit darüber zu bestehen, daß der Antrag aus § 255 ZPO. im Falle des § 527 BGB. nur unter den dargelegten Voraussetzungen der §§ 325 Abs. 2, 326 möglich ist. So bringt Stein (§ 255 Erl. II, 1) den § 527 unverständlicherweise mit § 354 BGB. in Verbindung. Beide Paragraphen haben jedoch nicht den geringsten Zusammenhang. Das Recht des Schenkers aus § 527 hat lediglich die gleichen Voraussetzungen wie das (gesetzliche) Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen. § 354 dagegen regelt ohne Beschränkung auf gegenseitige Verträge die Folgen des bereits vollzogenen (gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen) Rücktritts, indem er den Gegner ermächtigt, eine Frist zur Rückgewähr der auf

---

[7]) Nach Abs. 2 des § 527 entsteht ein Anspruch nicht, falls ein Dritter berechtigt ist, die Auflagevollziehung zu verlangen (vgl. §§ 328 ff., insbes. § 330 Satz 2).

Grund des Vertrages empfangenen Leistung mit der Wirkung zu setzen, daß nach fruchtlosem Ablauf der Rücktritt unwirksam wird.

d) § 354 kommt nun theoretisch ebenfalls für eine entsprechende Anwendung des § 255 ZPO. in Betracht, praktisch aber kaum. (Ähnlich Anger S. 453.) Da nämlich der Antrag auf richterliche Fristbestimmung immer nur im Anschluß an einen vorgängigen Leistungsanspruch möglich ist, müßte der Rücktrittsgegner, um eine urteilsmäßige Befristung für die Rückgewähr erreichen zu können, die ihm vom Berechtigten auf Grund des Rücktritts zu gewährende Leistung gemäß § 346 BGB. einklagen. Ist nun innerhalb der Frist eine Rückgewähr auch nur teilweise nicht erfolgt, so gilt der Rücktritt als nicht erklärt, der alte Vertrag tritt wieder in Kraft, und der Rechtsstreit wird gegenstandslos. Ein großer Aufwand ist damit schmählich vertan. Der Rücktrittsgegner wird also gut tun, auf die urteilsmäßige Befristung überhaupt zu verzichten, vielmehr ohne Klaganstrengung die Frist aus § 354 zu setzen und sie möglichst reichlich zu bemessen. Er läuft dabei insofern keine Gefahr, als sich nach der herrschenden und zutreffenden Meinung eine unangemessene kurze Frist allein durch Zeitablauf zur angemessenen ergänzt.

Immerhin ist die Fristbestimmung im Falle des § 354, wie nochmals betont werden soll, theoretisch möglich, und es ist somit das Anwendungsgebiet des § 255 ZPO. auch auf die zahlreichen Fälle zu erstrecken, die mit § 354 im engsten Zusammenhang stehen. (Vgl. §§ 467, 493, 515, 524 Abs. 2, 634 Abs. 4 BGB., § 37 VerlG.).[8])

e) § 1003 Abs. 2 BGB.[9]) Der Besitzer einer Sache hat dem

---

[8]) Eine urteilsmäßige Befristung gemäß § 354 BGB., § 255 ZPO. zu erreichen, kann nur dann praktisch erscheinen, wenn zugleich mit dem Primäranspruch (auf Leistung desjenigen, was der Beklagte auf Grund seines Rücktritts zu gewähren hat) der nach fruchtlosem Fristablauf etwa entstehende „Eventualanspruch" auf Leistung gemäß dem Vertrage verbunden wird. Eine derartige Klagenverbindung ist unter den prozessualen Voraussetzungen der §§ 259, 260 ZPO. zulässig. (Vgl. unten S. 51 ff.)

[9]) Die entsprechende Anwendung des § 255 ZPO. im Falle des § 1003 BGB. verneinen Skonietzki-Gelpke § 255 Erl. 3. Bejahend: Anger S. 452; Stein § 255 Erl. II, 4; Förster-Kann das. Erl. 1.

Eigentümer gegenüber einen Anspruch auf Ersatz seiner notwendigen Verwendungen (§§ 994, 999), den er jedoch vor deren Genehmigung durch den Eigentümer oder Rückgabe der Sache nicht im Wege der Klage, sondern nur im Wege des Zurückbehaltungsrechtes geltend machen kann (§§ 1000, 1001). Zur Erklärung über die Genehmigung des als Ersatz geforderten Betrages kann der Besitzer dem Eigentümer eine Frist setzen. Bestreitet der Eigentümer innerhalb dieser Frist den Anspruch, so kann der Besitzer auf Feststellung des Betrages seiner Verwendungen klagen, dem Eigentümer nach rechtskräftiger Feststellung eine Frist zur Erklärung setzen und sich nach deren fruchtlosem Ablauf ohne weiteres im Wege des außergerichtlichen Pfandverkaufs aus der Sache bezahlt machen (§ 1003).

Hier ist die Verurteilung des Eigentümers lediglich insofern erheblich, als sie für den Besitzer das Recht der rechtsumgestaltenden Fristsetzung erzeugt. Unterläßt der Besitzer die Fristbestimmung, so ist die Verurteilung ohne jede Bedeutung. Es erscheint also, um der Feststellungsklage einen praktischen Inhalt zu geben, als Notwendigkeit, in entsprechender Anwendung des § 255 dem Besitzer die Möglichkeit zu verschaffen, eine urteilsmäßige Fristbestimmung zu erlangen.

Dieses Ziel läßt sich auf theoretischem Wege erreichen.

aa) Daß der Besitzer nicht eine Leistungs-, sondern eine Feststellungsklage erheben muß, um bei rechtzeitigem Bestreiten durch den Eigentümer zu seiner Befriedigung zu gelangen, steht einer Anpassung des § 1003 in den Rahmen des § 255 ZPO. nicht entgegen. Denn „erhobener Anspruch" im Sinne des § 255 ist, wie schon oben ausgeführt wurde, nicht der Anspruch des bürgerlichen Rechts, sondern der Anspruch des Prozeßrechts, das Petitum.

bb) Dieser Anspruch, der durch Bestreiten entsteht, (§ 1003 Abs. 2 Halbs. 1) wird gegenstandslos durch einen contrarius actus, die Genehmigung der Verwendungen, die zugleich die Kraft hat, den Eintritt der Rechtsgestaltung, d. h. die Entstehung des Befriedigungsrechts auf seiten des Besitzers, zu hindern (§ 1003 Abs. 2 Halbsatz 2). Wegen dieser Doppelwirkung (vgl. oben S. 9) erscheint die Genehmigung des Verwendungsbetrages durch den

Eigentümer als Befriedigung im Sinne des § 255 ZPO. Es ist somit die urteilsmäßige Fristbestimmung hier zuzulassen.[10])

f) § 375 Abs. 2 HGB. Der Verkäufer kann dem in Spezifikationsverzug befindlichen Käufer eine Bestimmungsfrist setzen. Erklärt der Verkäufer gleichzeitig, daß er eine verspätete Bestimmung zurückweisen werde, so kann er nach fruchtlosem Fristablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (§ 375 Abs. 2 Satz 2 HGB. mit § 326 BGB.). Nimmt er statt dessen selbst eine Bestimmung vor, so wird diese mit fruchtlosem Fristablauf maßgebend (§ 375 Abs. 2 Satz 2 und 3 HGB.). Der Verkäufer hat also dementsprechend zu liefern.

aa) Eine Klage auf Abnahme der noch nicht spezifizierten Sache ist ausgeschlossen, weil die Abnahmepflicht, also die Verpflichtung zur tatsächlichen Hinwegnahme, begrifflich eine vorhandene Ware voraussetzt und diese Voraussetzung notwendigerweise fehlt (vgl. Staub § 375 Anm. 5a; Düringer-Hachenburg § 375 Anm. 9). Daraus ergibt sich, daß hier eine Klageverbindung, wie sie der unter b) dargelegten entspricht, nicht in Frage kommt.

bb) Ob eine Klage auf Vornahme der Spezifikation zugelassen werden kann, ist streitig. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß eine derartige Klage möglich ist, so kommt man unter Anwendung der bisher festgehaltenen Grundsätze zu dem Ergebnis, daß auch eine urteilsmäßige Befristung mit der Folge des § 375 Abs. 2 Satz 3 HGB. oder des § 326 BGB. möglich sein muß. Vertritt man den entgegengesetzten Standpunkt, so ist eine richterliche Fristsetzung mit der Folge des § 375 Abs. 2 Satz 3 oder des § 326 BGB. undenkbar.

---

[10]) Das Erfordernis der Identität zwischen „Anspruchsgegenstand" und „Fristsetzungsgegenstand" gilt, wie aus den Erörterungen auf S. 9 hervorgeht, nur für Leistungsklagen. Ebenso ist die Erwägung, daß der Eigentümer nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, eine Erklärung abzugeben, insbesondere die Genehmigung zu erteilen, auszuschalten. Denn das Vorliegen einer Verpflichtung ist nur dann unerläßlich, um eine urteilsmäßige Befristung zu erlangen, wenn die Klage Erfüllung dieser Verpflichtung fordert, d. h. auf Leistung gerichtet ist. (Vgl. oben S. 10)

Diese Folgerung wird von Staub nicht gezogen. Staub verteidigt die Ansicht, daß auf Vornahme der Spezifikation nicht geklagt werden könne (§ 375 Anm. 5) hält aber gleichzeitig die urteilsmäßige Fristsetzung für möglich, da der Verkäufer einen „Anspruch" auf Spezifikation im Sinne des § 255 Abs. 1 ZPO. habe. (§ 375 Anm. 7, 9. Aufl.; and. M. 6./7. Aufl.) Welche Klageverbindung hier gemeint ist, bleibt unklar. Eine Erörterung hierüber kann jedoch unterbleiben, da mit Rücksicht auf den aus § 255 ZPO. abgeleiteten Grundsatz der Identität zwischen „Anspruchsgegenstand" und „Fristsetzungsgegenstand" als „grundlegende" Klage nur diejenige auf Vornahme der Spezifikation in Frage kommt. Staub müßte also mit Rücksicht auf seinen Standpunkt, daß diese Klage unzulässig ist, die Möglichkeit eines Antrages aus § 375 Abs. 2 HGB., § 255 ZPO. verneinen.

Es ist jedoch die entgegengesetzte Ansicht zu bevorzugen. Die Spezifikation, die zwar zunächst bloße Vorbereitungshandlung zur Erfüllung der Abnahmepflicht ist und insofern dem Wahlrecht des § 264 BGB. gleichgestellt werden kann, wird vom Gesetz ausdrücklich zur Verpflichtung gestempelt, bei deren Nichterfüllung dem Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB. erwachsen. Dieser Hinweis auf § 326 zeigt deutlich, daß die Spezifikationspflicht als eine Hauptpflicht gedacht ist. Sie steht insofern sogar über der Abnahmepflicht, deren Verletzung nach der herrschenden und zutreffenden Meinung nur dann zur Anwendung des § 326 führen kann, wenn nach dem Parteiwillen gerade die körperliche Hinwegnahme der geschuldeten Sache wesentlicher Vertragsinhalt sein sollte. (Vgl. Komm. der RGRäte § 326 Erl. 1.)[11])

Mit der Feststellung, daß die Spezifikation eine Haupt-

---

[11]) Düringer-Hachenburg, der die Abnahmepflicht als Hauptverbindlichkeit ansieht, deren Verletzung in jedem Falle die Anwendung des § 326 BGB. rechtfertigt (Bd. 3 Kap. 4 Anm. 153—155), meint, das Gesetz gewähre dem Verkäufer beim Spezifikationskauf die Rechte aus § 326 deshalb, weil der Spezifikationsverzug notwendig den Abnahmeverzug und damit die Anwendbarkeit des § 326 bedinge. (Das. § 375 Anm. 9.) Diese Begründung ist, wenn man die hier vertretene herrschende Ansicht über das Wesen der Abnahmepflicht als Nebenverpflichtung billigt, unmöglich, wenn man jedoch den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, mindestens nicht zwingend.

verpflichtung des Käufers darstellt, ist der wesentliche Anhaltspunkt dafür gegeben, daß nach dem Gesetz die Klage auf Spezifikation zugelassen werden muß. Geht man nämlich von der zutreffenden Erwägung aus, daß alle Ansprüche klagbar sind, soweit nicht aus dem bürgerlichen Recht das Gegenteil erkennbar ist (wie z. B. in den Fällen der §§ 478 f., 490, 972, 1001, 1052, 2083 BGB.), so ergibt sich, daß die Klaglosigkeit des Spezifikationsanspruchs aus dem Wortlaut des § 375 HGB. nicht gefolgert werden kann. Es ist somit die Klagbarkeit um so mehr anzunehmen, als zwingende Erwägungen gegen eine solche nicht gefunden werden können.

Staub a. a. O. rechtfertigt die Klaglosigkeit mit dem Hinweis, daß bei Zulassung der Spezifikationsklage eine Vollstreckung gemäß § 888 ZPO. erfolgen müßte, wodurch der Käufer „auf Umwegen mit zweifelhaftem Erfolg zu etwas gezwungen würde, was der Gläubiger ohne weiteres selbst tun könne", daß „also ein gänzlich unnötiger, gegen die beiderseitigen Interessen verstoßender Rechtsbehelf eingeführt werde, der nach dem Stande des geltenden Gesetzes keinen Zweck mehr habe und nur die Zahl unnötiger Prozesse vermehren würde".

Hierbei wird vollkommen übersehen, daß das Interesse des Verkäufers sehr wohl auf die Verurteilung zur Spezifikation als Grundlage für die urteilsmäßige Fristbestimmung (deren Möglichkeit Staub zugibt), gerichtet sein kann, da durch die richterliche Fristsetzung der Streit über die Gesetzmäßigkeit der Frist, insbesondere über ihre Angemessenheit ausgeschlossen wird. Wenn der Gläubiger die Frist selbst bestimmt, so wird dieses Verfahren zwar in den meisten Fällen genügen, keinesfalls aber in allen, da es der erforderlichen Sicherheit entbehrt. Die Frage, ob eine Frist angemessen ist, oder nicht, läßt sich nur bei gerechter Abwägung der Interessen des Gläubigers und Schuldners beantworten, und der Gläubiger selbst ist häufig gar nicht in der Lage, die Interessen des Schuldners richtig zu bewerten.

Man denke nur an den in der Gegenwart besonders wichtigen Fall, daß der Kläger Rohmaterial an Kupfer oder Messing auf Spezifikation verkauft hat und nun vom Vertrage gemäß § 375 HGB.

§ 326 BGB. um so mehr loskommen möchte, als die Preise für die verkaufte Ware infolge des Kriegsausbruchs außerordentlich gestiegen sind. Wegen Beschlagnahme der Metallbestände darf er nur gegen die schriftliche eidesstattliche Versicherung des Käufers (den sogen. Belegschein) liefern, daß das Material für Kriegszwecke gebraucht wird. In einem solchen Falle kann eine angemessene, den Interessen des Gegners gerecht werdende Spezifikationsfrist nur bei Berücksichtigung des Umstandes gesetzt werden, daß der Käufer sich erst einen Kriegsauftrag von der Behörde beschaffen und danach seine Spezifikation einrichten muß. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß sich bei dem zahlreichen Angebot und der Schwierigkeit gerade für kleinere Firmen, derartige Aufträge zu erlangen, in fast allen Fällen Streitigkeiten über die Angemessenheit der Frist ergeben werden, falls nicht die richterliche Autorität entscheidend eingreift. Es ist also sehr wohl möglich, daß das Interesse des Verkäufers die Zulassung der Klage auf Spezifikation als Grundlage der urteilsmäßigen Befristung fordert.

Ferner übersieht Staub, daß durch eine derartige Verbindung die Zahl der Prozesse über die Angemessenheit der Frist vermindert wird. Seine Befürchtung wegen unnötiger Vermehrung der Rechtsstreitigkeiten ist also, falls der Fristantrag aus § 255 ZPO. gestellt wird, unbegründet. Endlich ist es nach der hier vertretenen, noch zu begründenden Auffassung ausgeschlossen, die Leistung, zu deren Bewirkung die Frist im Urteil bestimmt wird, während der Fristdauer im Wege der Zwangsvollstreckung beizutreiben.

Sämtliche Bedenken Staubs treffen also jedenfalls dann nicht zu, wenn mit der Klage auf Vornahme der Spezifikation der Antrag auf Fristsetzung verbunden wird, und es kann deshalb auch nicht für zutreffend erachtet werden, wenn Düringer-Hachenburg meint, der Spezifikationsklage fehle jedes Rechtsschutzbedürfnis. Die geschilderten Vorteile einer Klageverbindung aus § 255 ZPO., § 375 Abs. 2 HGB. sind derartige, daß die Nachteile einer Spezifikationsklage ohne Antrag auf Fristbestimmung mit in Kauf genommen werden müssen. Eine solche wird übrigens nicht vorkommen, da der Antrag aus § 255 vernünftigerweise stets gestellt werden wird, sei es auf Veranlassung des Richters durch den Kläger (§ 502 ZPO.) oder vom Anwalt.

Ist demnach die Klage auf Vornahme der Spezifikation zuzulassen, so kommt eine unmittelbare Anwendung des § 255 ZPO. in Frage, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung (vgl. unten S. 31) erklärt, er werde die verspätete Bestimmung zurückweisen (§ 375 Abs. 2 Satz 1 mit § 326 BGB., vgl. oben S. 5), eine entsprechende Anwendung des § 255 ZPO., wenn der Kläger selbst eine Spezifikation vornimmt (§ 375 Abs. 2 Satz 2 und 3).[12])

g) Streitig ist, ob § 255 ZPO. im Falle des § 1133 (§§ 1192 Abs. 1, 1200 Abs. 1) BGB. anwendbar ist. Nach dieser Vorschrift kann der Hypothekengläubiger dem Eigentümer zur Beseitigung der durch Grundstücksverschlechterung hervorgerufenen Hypothekengefährdung eine Frist mit der Folge setzen, daß er berechtigt ist, sich nach fruchtlosem Ablauf aus dem Grundstück zu befriedigen.

a) Hier besteht jedoch lediglich ein Recht des Grundstückseigentümers, die — vielleicht durch Zufall oder höhere Gewalt — eingetretene Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder anderweitige Hypothekenbestellung zu beseitigen. Ein Anspruch des Hypothekengläubigers ist nicht gegeben (so Planck § 1133 Erl. 3; Skonietzki-Gelpke § 255 Erl. 3; and. M. Stein Erl. II, 4; Anger S. 452; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 377 Anm. 74 u. a.).

b) Ist die auf eine Einwirkung des Eigentümers zurückzuführende hypothekengefährdende Verschlechterung bereits eingetreten, droht sie andererseits weiter um sich zu greifen, so kann der Hypothekengläubiger seinen Anspruch auf Unterlassung (§ 1134) klagend geltend machen oder die Frist zur Beseitigung setzen und sich nach fruchtlosem Fristablauf aus dem Grundstück befriedigen (§ 1133). Er kann sogar beide Wege, die völlig verschiedenartige Ziele verfolgen (§ 1133: Beseitigung der vorhandenen Gefährdung, § 1134: Unterlassung der bevorstehenden Einwirkung), gleichzeitig beschreiten.

Unzulässig ist es jedoch, mit einer Klage aus § 1134 unter entsprechender Anwendung des § 255 ZPO. den Antrag auf urteils-

---

[12]) Die Klage auf Abnahme der im Klagantrage vom Verkäufer spezifizierten Sache kann jedoch selbst unter den in § 259 ZPO. bezeichneten Voraussetzungen hiermit verbunden werden, vgl. oben S. 17.

mäßige Bestimmung der Frist des § 1133 zu verbinden. Zur Befriedigung des Anspruchs auf Unterlassung künftiger Störungen ist eine Fristsetzung überhaupt ausgeschlossen.[13])

c) Erfüllt die Einwirkung des Eigentümers auf das Grundstück den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, entfernt z. B. der Eigentümer, um den letzten Hypothekengläubiger zu schädigen, Zubehörstücke in übermäßiger Weise vom Grundstück (vgl. §§ 1135, 823 Abs. 1 BGB., ferner § 288 StGB., § 823 Abs. 2 BGB.), so besteht ein Anspruch auf Schadensersatz. Der Gläubiger ist also nach dem Grundsatze der Naturalrestitution (§ 249) berechtigt, Beseitigung der Gefährdung, sei es durch Grundstücksverbesserung oder anderweitige Hypothekenbestellung zu verlangen.[14])

aa) Es ist jedoch nicht möglich, in diesem Falle auf „Beseitigung der Gefährdung" zu klagen (und damit etwa den Antrag auf Fristsetzung gemäß § 1133 BGB. u. § 255 ZPO. zu verbinden). Ein derartiger Klagantrag würde, was Stein zu übersehen scheint (vgl. daselbst § 255 Erl. II, 4), zu unbestimmt und daher gemäß § 253 ZPO. unzulässig sein, da er nicht erkennen läßt, in welcher Weise der Gläubiger Abhilfe verlangt.

bb) Klagt der Gläubiger gemäß §§ 823 ff. auf Verbesserung des Grundstücks, indem er die Art der Verbesserung — z. B. Zurückschaffen der Zubehörstücke, Beseitigung einer vorsätzlich herbeigeführten Überschwemmung — bezeichnet, so ist dem Erfordernis der Bestimmtheit des Klagantrages allerdings genügt. Dennoch ist in diesem Falle ein Antrag auf richterliche Fristsetzung gemäß

---

[13]) Auch eine Fristsetzung mit der Folge des § 283 kommt nicht in Frage, da dieser Paragraph zwar für dingliche Leistungsansprüche anwendbar erscheint (darüber S. 38 ff.), nicht aber für dingliche Unterlassungsansprüche, an deren Befriedigung der Berechtigte naturgemäß das Interesse nicht verlieren kann (vgl. dazu Planck § 283 Erl. 2b).

[14]) Die Hypothekengefährdung, also die Gefahr, daß die Hypothek in einer etwaigen Zwangsversteigerung ausfallen wird, muß als gegenwärtiger Schaden gewertet werden. Die Höhe des Schadens ist rechnerisch feststellbar durch Vergleichung des Grundstückswerts vor und nach der Verschlechterung mit dem Wert der Belastungen (vgl. Komm. der RGRäte § 1133 Erl. 2). Es besteht also kein Grund, den Gläubiger auf eine Schadensersatzklage erst dann zu verweisen, wenn sein Ausfall in der Zwangsversteigerung feststeht.

§ 1133 BGB., § 255 ZPO. unzulässig, da § 1133 den Gläubiger nur ermächtigt, eine Frist „zur Beseitigung der Hypothekengefährdung" zu setzen, und dem Eigentümer das Wahlrecht überläßt — das ihm nicht verkürzt werden darf —, ob er die Gefährdung durch Grundstücksverbesserung oder anderweite Hypothekenbestellung beseitigen will.

Der Gläubiger könnte also im gedachten Falle entsprechend dem Grundsatze der Identität zwischen „erhobenem Anspruch" und „Fristsetzungsanspruch" nur den Antrag stellen, dem Eigentümer eine Frist zur Verbesserung des Grundstücks durch Beschaffung der entfernten Zubehörstücke usw. zu setzen, denn nur diesen Anspruch hat er „erhoben". Mit fruchtlosem Fristablaufe würde dann aber nicht die Folge des § 1133 eintreten, sondern die des § 250 BGB., d. h. dem Gläubiger würde nicht ein sofortiges Befriedigungsrecht erwachsen, sondern sein Naturalanspruch auf Grundstücksverbesserung würde sich in einen Geldersatzanspruch verwandeln.

cc) Entsprechendes wie zu bb) gilt, wenn der schadensersatzberechtigte Gläubiger auf anderweite Hypothekenbestellung klagt.

dd) Wie aber, wenn der durch eine unerlaubte Grundstücksverschlechterung des Eigentümers in der Sicherheit seiner Hypothek verletzte und bedrohte Gläubiger gemäß §§ 823 ff. BGB. auf „Grundstücksverbesserung oder anderweite Hypothekenbestellung *nach Wahl des Eigentümers*" klagt, indem er zugleich die Art der Grundstücksverbesserung und Hypothekenbestellung bezeichnet? In den Fällen, in denen der Gläubiger nach dem Grundsatze der Naturalrestitution sowohl die eine als die andere der beiden Handlungen verlangen könnte, in denen er also im Rahmen seiner Schadensersatzberechtigung tatsächlich ein Wahlrecht hat, wird man einen derartigen Antrag zulassen müssen. Denn das Wahlrecht auf den Eigentümer übertragen, heißt diesem ein plus gewähren und damit im Verhältnis zu den unter bb) cc) genannten Klaganträgen eine Minderforderung geltend machen.[15]) Erklärt der Beklagte sich in

---

[15]) Anders, wenn der Eigentümer einer Sache vom Besitzer „Herausgabe der Sache oder Zahlung des Wertes" verlangt. Hier wird ein Wahlrecht in Anspruch genommen, das nicht besteht. Es wird also ein plus begehrt: ein vollstreckbarer Titel für eine nicht geschuldete Leistung.

diesem Falle mit der Art der vom Kläger geforderten Grundstücksverbesserung und Hypothekenbestellung an sich einverstanden, gibt er also zu erkennen, daß er in seinem Wahlrecht durch eine Verurteilung nach dem Klagantrage nicht beschränkt werden würde, so muß auch der Fristsetzungsantrag aus § 1133 BGB., § 255 ZPO. zulässig sein. Denn in diesem Falle ist der Eigentümer nicht nur nach § 1133 berechtigt, sondern auch nach §§ 823 ff. verpflichtet, eine oder die andere der vom Hypothekengläubiger begehrten Handlungen vorzunehmen. Er kann nicht sein Recht ausüben, ohne zugleich seiner Verpflichtung nachzukommen; ohne zugleich den erhobenen „Anspruch" zu befriedigen.

Da somit dem Erfordernis der Identität des „Anspruchsgegenstandes" mit dem „Fristsetzungsgegenstande" genügt ist, ergibt sich in diesem einen Falle — unter der Voraussetzung, daß der Eigentümer mit der Art der vom Gläubiger geforderten Gefährdungsbeseitigung einverstanden ist — in der Tat die Möglichkeit einer richterlichen Fristbestimmung mit der Folge des § 1133. Einer entsprechenden Anwendung des § 255 dürfte hier nichts entgegenstehen.

b) Bei drohender wesentlicher Wertminderung des Pfandes ist der Pfandgläubiger zur öffentlichen Versteigerung befugt, wenn er den Pfandverkauf dem Verpfänder angedroht, ihm zur Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene Frist gesetzt hat, und diese fruchtlos verstrichen ist (§§ 1219, 1220). Hier ist der Verpfänder regelmäßig nur berechtigt zur anderweitigen Sicherheitsleistung. Eine Verpflichtung zur Erneuerung besteht nur, wenn Sicherheit schlechthin zu leisten (§ 240) oder wenn die Wertminderung des Pfandes durch den Verpfänder in unerlaubter Weise herbeigeführt ist (§§ 823 ff.).

aa) Im ersten Falle hat der Verpflichtete die Wahl, ob er die Sicherheit ergänzen oder anderweitige Sicherheit leisten will. Der Gläubiger kann also nur alternativ klagen. Dieser Klage kann eine urteilsmäßige Frist gemäß § 1220 Abs. 1 mangels Identität zwischen „Anspruchsgegenstand" und „Fristsetzungsgegenstand" nicht angeschlossen werden. Auch eine Frist aus § 264 Abs. 2 ist unzulässig, vielmehr kommt ausschließlich § 264 Abs. 1 in Betracht.

bb) Hat der Verpfänder die Wertminderung des Pfandes schuld-

hafterweise herbeigeführt, so kann der Pfandgläubiger nach dem Grundsatz der Naturalrestitution entweder Ergänzung oder Ersetzung des Pfandes durch neue Sicherheit verlangen. (Planck § 249 Erl. 3a; RG. Bd. 73 S. 21 ff.) Klagt er begründeterweise auf Ersetzung, also auf Leistung einer anderweitigen Sicherheit an Stelle der bisherigen, so kann er, da dem Erfordernis der Identität genügt ist, urteilsmäßige Fristbestimmung gemäß § 255 ZPO., § 1220 Abs. 1 Satz 2 BGB. („zur Leistung anderweitiger Sicherheit") beantragen. Nach fruchtlosem Fristablauf ist er dann berechtigt, zum außergerichtlichen Pfandverkauf zu schreiten.

III. Anhang. Keine Anwendung des § 255.

Eine entsprechende Anwendung des § 255 ZPO. ist unzulässig in folgenden Fällen:

1. Nach § 643 mit § 642 BGB. kann der Werkunternehmer dem Besteller, der mit einer zur Herstellung des Werkes seinerseits erforderlichen Handlung in Verzug ist, eine Frist zur Nachholung der Handlung mit der Erklärung bestimmen, daß er den Vertrag bei fruchtlosem Fristablauf kündige. Mit fruchtlosem Fristablauf gilt der Vertrag für die Zukunft als aufgehoben. Hier gibt es weder eine Klage auf Vornahme der Handlung, noch eine solche auf Abnahme (vgl. § 640). Vielmehr kann der Unternehmer nur den in § 642 festgesetzten Anspruch auf angemessene Entschädigung gerichtlich geltend machen. Klagt er auf Leistung dieser Entschädigung, so kann — mangels der bei Leistungsklagen erforderlichen Identität zwischen „Anspruchsgegenstand" und „Fristsetzungsgegenstand" — eine urteilsmäßige Frist zur Nachholung der zur Herstellung erforderlichen Handlung nicht erwirkt werden. Verlangt der Unternehmer lediglich richterliche Feststellung seines Entschädigungsanspruchs, so ist die Anwendung des § 255 ZPO. deshalb ausgeschlossen, weil die Vornahme der Handlung nicht geeignet ist, den Feststellungsanspruch gegenstandslos zu machen. Von einer „Befriedigung" des Feststellungsanspruchs durch Vornahme der Handlung kann keine Rede sein (vgl. oben S. 9 u. 16).[16])

[16]) Die Anwendbarkeit des § 255 ZPO. im Falle des § 643 BGB. wird von Skonietzki-Gelpke § 255 Erl. 3 ohne Begründung bejaht.

2. In zahlreichen Fällen sind die einschränkenden Fristen lediglich zur Rechtsausübung bestimmt, ohne daß diese, wie nach § 264 Abs. 2 mit §§ 433, 640 BGB. zur Erfüllung einer darüber hinausliegenden Verpflichtung erforderlich wäre. Hierher gehört:

a) § 355 BGB., Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts.
b) § 415 Abs. 2, Frist zur Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger,[17])
c) § 466, Frist zur Ausübung des Wandelungsrechts,
d) § 496, Frist zur Billigung beim Kauf auf Probe,
e) § 516 Abs. 2, Frist zur Annahme einer Zuwendung,
f) § 910, Frist zur Beseitigung von überhängenden Zweigen,
g) § 1056 Abs. 3, Frist zur Ausübung des Kündigungsrechts bei einem über die Nießbrauchsdauer hinaus vermieteten Grundstück,
h) § 1347 Abs. 2, Frist zur Ausübung des in § 1345 Abs. 1 bezeichneten Rechts, die für nichtig erklärte oder aufgelöste Ehe als eine durch Verschulden des anderen Ehegatten geschiedene zu behandeln,
i) § 2307, Frist zur Annahme des Vermächtnisses.

3. Gemäß § 1054 BGB. kann der Eigentümer gegen den seine Rechte erheblich verletzenden Nießbraucher nach fruchtloser Abmahnung die Anordnung einer Verwaltung aus § 1052 erwirken. Hier ist die Anwendung des § 255 ZPO. deshalb ausgeschlossen, weil das Recht auf Anordnung der Verwaltung nicht an einen vorgängigen Fristablauf geknüpft ist. Die Voraussetzungen für die Entstehung des Rechts sind in § 1054 nach dem klaren Wortlaut des Paragraphen erschöpfend aufgezählt (vgl. Planck 3. Aufl. § 1054 Erl. 1; Staudinger daselbst Erl. 1; Skonietzki-Gelpke § 255 Erl. 6; and. M. Stein § 255 Erl. II, 2; Förster-Kann daselbst Erl. 1; Anger S. 451).

B. Materiellrechtliche Bedeutung des § 255.

§ 255 ist zunächst als reine Prozeßvorschrift gedacht. Genau so wie ein Anspruch des bürgerlichen Rechts seine bestimmten

[17]) Im Falle des § 415 Abs. 2 kommt eine Anwendung des § 255 auch aus dem Grunde nicht in Frage, weil es sich hier um eine ermöglichende, nicht um eine einschränkende Fristbestimmung handelt (vgl. oben, Einleitung Anm. 1).

prozessualen Formen hat, in denen er vor Gericht erhoben werden muß (§§ 253, 256, 257 ff., 280 ZPO.), so bedarf es zur prozessualen Geltendmachung des materiellen Fristsetzungsrechts eines Antrags aus § 255. Dabei bestehen jedoch wesentliche Unterschiede. Die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs des bürgerlichen Rechts verfolgt den Zweck, dem Gläubiger zur zwangsweisen Beitreibung der Leistung einen Vollstreckungstitel zu verschaffen, den er auf außergerichtlichem Wege nicht erlangen kann. Bei der Ausübung des Fristsetzungsrechts dagegen ist der Gläubiger von der Mitwirkung des Prozeßgerichts unabhängig. Eine Vollstreckung der Frist ist begrifflich ausgeschlossen, da das Urteil insoweit einen zur Vollstreckung geeigneten Inhalt nicht hat. (Zutreffend Stein zu § 255 Erl. 5.) Der Zweck des § 255 ZPO. ist dementsprechend ein sehr beschränkter. Er geht nach der Begründung zur Novelle der Zivilprozeßordnung vom Jahre 1898 dahin, dem klagenden Gläubiger durch die Fristbestimmung im Urteil „eine raschere Verwirklichung seines Rechts zu sichern". Da sich zwischen den Parteien leicht Streitigkeiten ergeben können über die materiellen Voraussetzungen des Fristsetzungsrechts, über die Angemessenheit der Fristdauer, soll der Richter, wenn er wegen des „erhobenen" Anspruchs schon einmal tätig sein muß, durch eine der Rechtskraft fähige Entscheidung an Stelle des Klägers die Frist setzen und damit jeden Zweifel über ihre Gesetzmäßigkeit ausschließen können.

Obwohl nun § 255 zunächst lediglich die prozeßrechtliche Form für die Geltendmachung des Fristsetzungsrechts darstellt, ist er nur als Ergänzung des materiellen Rechts verständlich. Nicht nur sein Inhalt, sondern auch seine Entstehungsgeschichte deutet auf diesen engen Zusammenhang hin. Bei der Beratung des jetzigen § 283 BGB. (§ 243 des 1. Entw.) wurde nämlich im Abs. 1 ein Satz 2 dahin beschlossen „auf Antrag des Gläubigers ist die Frist im Urteil zu bestimmen". Dieser Satz wurde dann, um das Bürgerliche Gesetzbuch von prozessualen Vorschriften freizuhalten, bei der Revision des Entwurfs gestrichen und als Ersatz die dem jetzigen § 255 entsprechende Vorschrift des § 230 b in die Zivilprozeßordnung eingestellt.

1. Somit ist § 283 BGB. die allgemeinste der drei allgemeinen

materiellrechtlichen Vorschriften, auf welche § 255 unmittelbar anwendbar ist (§§ 283, 325 Abs. 2, 326), gewissermaßen die Wiege der urteilsmäßigen Befristung. Da er zugleich die Zusammenhänge zwischen privater und urteilsmäßiger Befristung am klarsten erkennen läßt und Schlüsse für die Auslegung des § 255 ZPO. gestattet, soll er hier zunächst nach seiner theoretischen und praktischen Seite hin erörtert werden.

§ 283 kann seiner juristischen Struktur nach als eine Verzugsvorschrift bezeichnet werden, da der Schuldner entweder durch die Klagerhebung in Verzug gekommen ist, oder sich doch auf den mangelnden Verzug (§ 285) gemäß § 767 Abs. 2 ZPO. nicht mehr berufen kann. Seinem Inhalte nach geht § 283 dagegen auf Ersatz eines Unmöglichkeitsschadens wegen Zeitablaufs. Durch ordnungsmäßige Fristbestimmung verwandelt sich nämlich die Verpflichtung des Schuldners in eine absolute Fixschuld, die nur noch innerhalb der Frist erfüllt werden kann. Mit vergeblichem Fristablauf erlischt der Primäranspruch kraft Gesetzes, so daß seine Erfüllung jetzt unmöglich ist. Der neu entstehende Schadensersatzanspruch wird also zutreffend als ein solcher „wegen Nichterfüllung" bezeichnet.[18])

Die praktische Bedeutung des § 283 ist kurz folgendermaßen zu bezeichnen: Es soll Klarheit unter den Beteiligten geschaffen werden, und zwar in vollem Umfange. Der Gläubiger eines rechtskräftig zuerkannten Anspruchs kann, statt den Weg der Vollstreckung gegen den Schuldner zu beschreiten, durch einseitige Fristsetzung von seinem Naturalanspruch zum Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung übergehen. Hat er bei der Fristbestimmung

---

[18]) Während die Motive die theoretische Bedeutung des § 283 (§ 243 des 1. Entw.) darin sehen, daß er „gewissermaßen die Fiktion der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit eintreten lasse" (vgl. § 280) und ähnlich Planck 3. Aufl. zu § 283 Erl. 1 bemerkt, der Gläubiger erspare sich durch Fristsetzung den Beweis der Unmöglichkeit, steht Romeick (S. 26) auf einem anderen Standpunkt. Er geht von dem näher liegenden Gedanken aus, daß § 283 dem Gläubiger den sonst gemäß § 286 Abs. 2 zu führenden Beweis erspare, die Leistung habe kein Interesse mehr für ihn. Eine treffliche und weniger theoretische Zusammenfassung beider Gedanken findet sich bei Planck § 283 Erl. 1. Auf ihr beruht im wesentlichen die Darstellung im Texte.

erklärt, daß er die Annahme der Leistung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist ablehne, so hängt die vom Gläubiger erstrebte, vom Gesetz befürwortete Folge der Umwandlung nunmehr davon ab, ob der Schuldner innerhalb der Frist leistet oder nicht. Ein der Umwandlung feindlicher Wille des Gläubigers kommt nicht in Betracht. Insbesondere kann er aus dem rechtskräftigen Urteile von jetzt an nicht mehr vollstrecken.

Dieses Ergebnis könnte zunächst zweifelhaft erscheinen, da in § 283 ein entsprechender Satz nicht aufgestellt ist. Man könnte sagen: der Gläubiger braucht einem in Verzug befindlichen Schuldner gegenüber keine Rücksichten zu nehmen, er ist nicht verpflichtet, ihn darüber aufzuklären, auf welchem Wege er seine Befriedigung erstrebe.

Eine derartige Auslegung würde aber im Widerspruch stehen mit dem Wesen der privaten Fristsetzung, die gerade bezweckt, beiden Parteien, also auch dem Schuldner Klarheit zu schaffen. Für den Schuldner würde die Unklarheit bleiben, ob der Gläubiger die Vollstreckung geltend machen, oder ob er darauf verzichten will. Außerdem hat der Gläubiger die Frist „zur Bewirkung der Leistung" gesetzt, also die Entscheidung nach dem Wortlaut seiner Aufforderung nur mehr an den Willen des Schuldners geknüpft.[19]) Es wäre nicht nur ein widersinniges, sondern auch ein illoyales Verhalten, wenn er plötzlich diesem Willen vorgriffe und den rechtskräftigen Anspruch geltend machte. Ein derartiges willkürliches Vorgehen würde zumal im Handelsverkehr, wo die aus dem Handelsrecht stammende einschränkende Frist bei weitem am häufigsten gesetzt wird, als durchaus inkonsequent und unanständig empfunden werden. Dazu kann das Gesetz nicht die Handhabe bieten. Die Fristbestimmung schafft vielmehr

---

[19]) Von einer zwangsweisen „Bewirkung der Leistung" kann man nicht reden, nur von einer freiwilligen (vgl. §§ 242, 262, 267 BGB.). Folgerichtig ist daher die Rechtsprechung, die eine Fristbestimmung dann für überflüssig hält,

a) wenn der Schuldner seinem Willen, nicht zu leisten, bereits bestimmt und endgültig Ausdruck verliehen hat (vgl. die im Komm. der RGRäte § 326 Erl. 1 Abs. 4 angeführten Entscheidungen; and. M. Planck § 326 Erl. 2 d).

b) wenn der Wille des Schuldners — wegen Unmöglichkeit der Leistung — nicht mehr maßgebend sein kann. (RG. Bd. 69 S. 357; RG. in LZ. Bd. 12 S. 753.)

„eine vollendete Tatsache auch insofern, als sie Befugnisse des Gläubigers ausschließt, deren Geltendmachung nach der Fristsetzung gegen Treu und Glauben verstieße".

Diesem Satze von Planck (§ 283 Erl. 3 b) ist durchaus zuzustimmen, nur muß daraus gegen Planck gefolgert werden, daß der Gläubiger an seine Fristbestimmung insofern gebunden ist, als er sich der Vollstreckbarkeit seines Urteils begeben hat. Damit ist „das Recht des Gläubigers in solchen Fällen auf eine bis zum Ablauf der Frist dauernde facultas des Schuldners abgeschwächt" (Eccius).[20])

Diese dem Sinne und Zwecke des § 283 entsprechende Auslegung, wird auch durch seinen Wortlaut unterstützt. Die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung tritt nämlich nicht ein, „soweit die Leistung rechtzeitig bewirkt wird" oder „wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat" (§ 283 Satz 2 u. 3). Da die zwangsweise Beitreibung hier nicht erwähnt ist, kann daraus gefolgert werden, daß das Gesetz in der Erklärung des Gläubigers einen Verzicht auf Vollstreckung sieht und daher nach Fristbeginn nur noch eine freiwillige Leistung des Schuldners zulassen will. Der Schuldner ist also, wenn der Gläubiger nach Fristbeginn die Vollstreckung versucht, gemäß § 767 ZPO. berechtigt, die materielle Einrede der Fristbestimmung zu erheben.[21])

Durch den Ausschluß der Vollstreckung wird der Gläubiger insofern nicht geschädigt, als er es in der Hand hat, den Beginn

---

[20]) Im Ergebnis wie oben, aber ohne Begründung nur: Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 152; Komm. der RGRäte § 283 Erl. 1; Popper S. 22, 24. And. M. Planck 4. Aufl. § 283 Erl. 3 b, ohne Begründung: „An dem Recht des Gläubigers, den Primäranspruch durch Zwang gegen den Schuldner beizutreiben, dürfte durch die Fristsetzung nichts geändert werden", Anger S. 450; Hellwig, Lehrb. S. 377; Marquardt S. 37; Otte S. 24 ff. Diese Meinung ist die bei weitem herrschende. Von ihrem Standpunkte aus wird also die Frist „zur Bewirkung der Leistung" unter der auflösenden condicio juris gesetzt, daß die Vollstreckung begonnen und erfolgreich durchgeführt werde. Eine Klärung der Sachlage tritt somit nicht bereits mit der Fristsetzung sondern erst mit der erfolgreichen Vollstreckung, spätestens aber mit dem vergeblichen Fristablauf ein.

[21]) Da die Fristbestimmung erst mit Verkündung des Urteils wirksam wird, wird der Grund der Einwendung nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung gelegt (vgl. § 767 Abs. 2 ZPO.).

der privaten Frist zu bestimmen. Er kann also, falls ihm viel an der Leistung liegt, zunächst den Vollstreckungszwang versuchen, ehe er sich des Rechtsbehelfs aus § 283 bedient, falls ihm mehr um den Schadensersatz zu tun ist, oder falls eine Vollstreckung offenbar fruchtlos sein würde, sofort die Frist bestimmen.[22])

2. § 255 ZPO. geht in seiner materiellrechtlichen Bedeutung zunächst in folgenden Punkten über § 283 BGB. hinaus.

a) Voraussetzung für die private Fristbestimmung nach § 283 BGB ist das Vorhandensein eines gegen den Schuldner gerichteten rechtskräftigen Leistungsurteils. Voraussetzung für die urteilsmäßige Fristbestimmung im gleichen Falle ist nur die aus dem Klagantrage zu folgernde Möglichkeit eines (rechtskräftigen) Leistungsurteils gegen den Beklagten. Obwohl also der Kläger nicht in der Lage ist die Frist zu setzen, ist der Richter, der an seiner Stelle handelt, hierzu befugt. Liegen mit Schluß der letzten mündlichen Verhandlungen diejenigen Vorbedingungen vor, die — abgesehen von der Rechtskraft des Urteils — nach materiellem Recht vorhanden sein müssen, damit eine in jeder Beziehung gültige Frist bestimmt werden kann, so ist die Frist auf Antrag im Urteil zu bestimmen.

b) Daraus ergibt sich, daß der Richter nur dann zur Fristsetzung gelangen kann, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, „er lehne die Annahme der Leistung nach Fristablauf ab". Diese nach § 283 gleichzeitig mit der privaten Fristsetzung dem Schuldner gegenüber abzugebende Erklärung des Gläubigers muß also im Falle des § 255 ZPO. vor der Fristbestimmung, nämlich vor der Urteilsverkündung in der mündlichen Verhandlung erfolgen. Gleichzeitige oder nachträgliche Erklärung ist hier ausgeschlossen, da sie dem Richter nicht die Möglichkeit gewährt, festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine künftige gültige Rechtsumgestaltung vorliegen.

c) § 255 ZPO. erweitert das materielle Recht aber noch in einer anderen Beziehung. Während nämlich die Fristsetzung

[22]) Wie unten zu erörtern sein wird, ist der Gläubiger ebensowenig geschädigt, wenn er die Frist gemäß § 255 ZPO. durch Urteil bestimmen läßt, da ihm in diesem Falle bis zur Rechtskraft (Fristbeginn) die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckung bleibt.

außerhalb des Prozesses als Willenserklärung wegen Willensmängel von dem Berechtigten angefochten werden kann, schließt die Bestimmung des Richters diese Befugnis aus. Der Richter wird nicht nur an Stelle des Klägers tätig, um einen späteren Streit der Parteien über die Angemessenheit der Frist zu vermeiden. Er schafft geradezu ein konstitutives Urteil insofern, als mit fruchtlosem Fristablauf nicht mehr bezweifelt werden kann, daß diejenigen Wirkungen eingetreten sind, die gemäß § 283 bei Fristsetzung außerhalb des Prozesses eingetreten sein würden (vgl. Förster-Kann § 255 Anm. 2; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 377; Oertmann § 283 Nr. 2; and. M. Stein § 255 Erl. I; Siegel S. 56).

Abgesehen von a—c hat § 255 keinen selbständigen materiellrechtlichen Inhalt. Er entnimmt ihn vielmehr ausschließlich aus dem bürgerlichen Recht, mit dem er nach der oben dargelegten Entstehungsgeschichte im engsten Zusammenhange steht.

Aus § 255 ZPO. können demnach auch keine Schlüsse gezogen werden, die dem Wesen der privaten Fristsetzung widersprechen. Daraus ergibt sich die wichtige Folge, daß der Gläubiger, der die Frist durch den Richter bestimmen läßt, sich damit genau so der Möglichkeit begibt, aus dem rechtskräftigen Urteil zu vollstrecken, wie derjenige, der die Rechtskraft abwartet und gemäß § 283 BGB. verfährt. In beiden Fällen würde die zwangsweise Durchführung des Anspruchs eine illoyale und dem Wortlaut der Erklärung zuwiderlaufende Handlung darstellen, die, wie oben ausgeführt, nicht begünstigt werden kann. Es ist also jedenfalls ausgeschlossen, während der Dauer der Frist aus dem Leistungsurteil zu vollstrecken. Ob auch vorher eine Vollstreckung ausgeschlossen ist, das wird im folgenden zu erwägen sein.

Die urteilsmäßige Frist des § 255 ZPO. beginnt mit der Rechtskraft des Urteils. Romeik (S. 106 ff.) will zwar die Frist bereits mit der Urteilsverkündung in Lauf treten lassen. Diese Ansicht ist jedoch zunächst schon aus dem Grunde nicht zu billigen, weil außerhalb des Prozesses der Kläger gemäß § 283 BGB. frühestens mit Rechtskraft in der Lage ist, die Frist aus eigener Machtvollkommenheit in Lauf zu setzen. Dem Richter, der an Stelle des Klägers tätig wird, ist eine weitergehende Be-

fugnis nicht eingeräumt. Ferner handelt es sich bei der urteilsmäßigen Befristung um eine der Rechtskraft fähige Entscheidung, so daß auch in den Fällen, in denen nach materiellem Recht die Frist von der Rechtskraft unabhängig ist (vgl. §§ 326, 634 Abs. 1, 542 Abs. 1 BGB., § 375 HGB. usw.), die urteilsmäßige Frist erst mit Rechtskraft beginnen kann, d. h. mit dem Zeitpunkt, in dem der Wille des Richters für die Parteien maßgebend wird.[23])

Es hängt somit — abgesehen von den Fällen, in denen das Urteil bereits mit Verkündung rechtskräftig wird — von den Parteien ab, ob und wann die vom Richter der Dauer nach bestimmte Frist in Lauf kommt. Ihr Beginn kann durch Nichtzustellung des Urteils vereitelt werden. Dennoch wird die entscheidende Rolle nach dem klaren Wortlaut des § 255 nicht demjenigen, der die Zustellung des Urteils veranlaßt, sondern demjenigen, der das Urteil erläßt, zugeteilt. Nur der Richter „bestimmt" die Frist und zwar nicht erst in dem Zeitpunkt, in dem die Parteien an die Frist, gebunden sind, sondern in dem Zeitpunkt, in dem er an seine Entscheidung gebunden ist. Mit Urteilsverkündung ist also die Frist „bestimmt" (vgl. §§ 310—312, 318 ZPO.).

Demnach ergibt sich hier die Eigentümlichkeit, daß eine Fristbestimmung im Sinne des § 255, d. h. eine Erklärung über die Länge der Frist vorliegt, ohne daß zugleich die Frist beginnt, ja ohne daß es gewiß ist, ob und wann sie beginnen wird. Derartiges ist außerhalb des Prozesses unmöglich. Der Gläubiger des § 283 BGB. kann nicht eine Frist setzen, die mit einem dies incertus an et quando in Lauf kommen soll. Er ist nicht einmal in der Lage, den Beginn der Frist hinauszuschieben, also z. B. am 1. Oktober zu erklären, daß er eine Frist zur Bewirkung

---

[23]) Es trifft übrigens auch zu, wenn Seuffert zu § 255 Anm. 2 sagt: Vor Eintritt der Rechtskraft kann die Frist deshalb nicht laufen, weil das Urteil geändert werden kann, wenn es durch Rechtsmittel angefochten wird. (Wie im Text: Nöldeke in ZZP. S. 264; Stein § 255 Erl. III, 5; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 377; Anger S. 450; Seuffert Erl. 3; Förster-Kann Erl. 4.) Auch die vorläufige Vollstreckbarkeit des Leistungsurteils läßt die Frist nicht mit Urteilsverkündung beginnen, da, wie bereits oben dargelegt wurde, das Urteil insoweit einen zur Vollstreckung geeigneten Inhalt nicht hat (Stein zu § 255 Erl. 5; and. M. Otte S. 14/15).

der Leistung vom 10.—20. Oktober setze. Das Gestaltungsrecht kann im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit weder bedingt noch befristet ausgeübt werden (vgl. v. Müller S. 10, 12 ff.), es fallen also außerhalb des Prozesses Wirksamwerden der Fristbestimmung (§§ 130 ff. BGB.) und Fristbeginn notwendig zusammen.

Dieser aus der Natur der Sache folgende Gegensatz zwischen privater und urteilsmäßiger Frist ist von grundlegender Bedeutung.

a) Da nämlich die urteilsmäßige Fristsetzung nicht „eine vollendete Tatsache schafft", sondern vollständig offen läßt, ob die Frist jemals in Lauf kommen wird, kann sie nicht die Wirkungen des materiellen Gestaltungsrechts haben.

b) Diese Wirkungen sind ferner aus dem Grunde ausgeschlossen, weil sie im Falle des § 283 BGB. nicht vor Rechtskraft des Urteils, also nicht bereits mit Urteilsverkündung eintreten können.

Daraus folgt, daß der Gläubiger, der ein Leistungsurteil mit der Frist des § 255 ZPO. u. § 283 BGB. erlangt, das materielle Gestaltungsrecht erst im Augenblicke der Rechtskraft ausgeübt hat, so daß erst in diesem Zeitpunkt die materielle Vollstreckungsbeschränkung in Kraft tritt.[24]) Gleiches muß in allen Fällen der urteilsmäßigen Befristung gelten, und es kann, um dies zu beweisen, nicht nur die unter a, sondern auch die unter b aufgeführte Begründung angeführt werden, da § 283 BGB. zur authentischen Auslegung des § 255 ZPO. auch hier heranzuziehen ist. Ist das Leistungsurteil also vorläufig vollstreckbar, so kann der Gläubiger bis zur Rechtskraft vollstrecken, ohne befürchten zu müssen, daß ihm gemäß § 283 BGB., § 767 ZPO. die Einrede der Fristbestimmung mit Fug entgegengesetzt wird. (Im Ergebnis wie Popper S. 24 ff.)

---

[24]) Förster-Kann § 255 Erl. 3 sagt: „Stellt der Gläubiger im Prozeß den Antrag auf Fristsetzung, so übt er damit sein Gestaltungsrecht aus". Das ist insofern richtig, als der Antrag für den Gläubiger die einzige Form der Ausübung im Prozeß bildet, insofern unrichtig, als mit Stellung des Antrags ein Gestaltungsrecht nicht vorliegt, die Wirkungen vielmehr erst mit Rechtskraft des Urteils eintreten.

Diese Auslegung stimmt mit dem materiellen Rechte insofern überein, als aus § 283 BGB. nur zu entnehmen ist, daß die Vollstreckung aus dem grundlegenden Leistungsurteil *nach* Ausübung des Gestaltungsrechts ausgeschlossen sein soll. *Vorher* ist der Gläubiger selbstverständlich nicht gehindert, die zwangsweise Durchsetzung des für vorläufig vollstreckbar erklärten oder rechtskräftigen Urteils zu versuchen.[25])

---

[25]) a) *Otte* S. 24 ff. begründet die von ihm geteilte herrschende Meinung, daß eine Vollstreckung im Falle der privaten oder urteilsmäßigen Fristsetzung unbeschränkt zulässig sei, u. a. damit, daß er sich auf § 888a ZPO. beruft, der die Vollstreckung eines unter Fristsetzung gemäß § 510b ZPO. zugesprochenen Anspruchs untersagt. „Wäre das selbstverständlich, war dieses Verbot nicht nötig." § 888a schließt jedoch *jede* Vollstreckung aus, während in § 255 nach der hier vertretenen Ansicht nur die Vollstreckung *nach Rechtskraft* unzulässig ist. Außerdem ist § 888a ebenso wie § 510b eine aus Zweckmäßigkeitsgründen erlassene Verfahrensvorschrift ohne selbständigen materiellrechtlichen Inhalt, die es völlig unerörtert läßt, ob etwa die gleiche Wirkung zum Teil bereits nach materiellem Recht eintritt (darüber vgl. Teil II). b) Auch der weiteren Folgerung *Ottes* kann nicht zugestimmt merden. Er meint S. 28, wenn wirklich während der mit Rechtskraft beginnenden Urteilsfrist eine Vollstreckung ausgeschlossen sei, müsse dasselbe auch während der Zeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Anspruchs gelten. „Denn wenn dem Schuldner während einer künftigen Zeitspanne das Recht, sich nach Belieben durch Erfüllung zu befreien oder auch nicht, gewahrt bleiben soll, muß sich auch schon vorher der Gläubiger jedes Druckes auf ihn enthalten." Bei dieser rein gefühlsmäßigen Erwägung wird übersehen, daß die Vollstreckung in § 283 BGB. und § 255 ZPO. lediglich durch das materielle Recht und nur unter der Voraussetzung der Rechtskraft des Urteils ausgeschlossen wird, und daß § 255 ZPO. eine erweiterte materiellrechtliche Auslegung weder fordert noch verträgt. In *praktischer* Hinsicht wird das Interesse beider Parteien durch Zulassung der vorläufigen, durch Ausschluß der endgültigen Vollstreckung völlig gewahrt. In *theoretischer* Hinsicht stimmt dieses Ergebnis, wie im Text gezeigt wurde, mit dem materiellen Recht überein. Bedenken sind also nicht vorhanden. Ähnlich gefühlsmäßig wie *Otte*, äußert sich übrigens *Marquardt* in JW. 1909 S. 37, indem er bemerkt: „Solange der Gläubiger nur einen vorläufig vollstreckbaren Titel hat, kann er auf Herausgabe vollstrecken. Wenn aber der Lauf der Frist beginnt, kann er doch unmöglich schlechter gestellt werden". Auch hier wird der Zusammenhang des § 255 ZPO. zum materiellen Recht verkannt.

C. Verbindung der Klagen auf Leistung und Schadensersatz, insbesondere die „Wertersatzklage".

Die praktische Bedeutung des § 255 ZPO. erschöpft sich nicht darin, daß er den später möglichen Streit über die Gesetzmäßigkeit, insbesondere die Angemessenheit der Frist beseitigt, sie geht vielmehr erheblich weiter, da der Gläubiger unter Umständen zugleich mit dem Leistungsanspruch den nach fruchtlosem Fristablauf entstehenden Schadensersatzanspruch gerichtlich geltend machen kann, und zwar nicht nur in der Form der Feststellungsklage, sondern auch durch Leistungsklage.

Die Frage, ob eine Klagverbindung auf Erfüllung des Primäranspruchs und eventuelle Leistung des Schadensersatzes möglich ist, wird in der Literatur lebhaft umstritten.[26]) Gegen die Zulässigkeit erheben sich rechtliche Bedenken, während für die Zulassung ein dringendes praktisches Bedürfnis streitet. Es steht hier der Tendenz, unnötige Prozesse zu vermeiden, das Bestreben gegenüber, eine Beschleunigung und Vereinfachung der Rechtsverfolgung durch Klagverbindung zu erreichen. Besonders den Interessen des dinglich oder persönlich Herausgabeberechtigten genügt nämlich sehr häufig ein Urteil auf die Primärleistung nicht, da der Beklagte die Zwangsvollstreckung durch Wegschaffung oder Vernichtung der Sache leicht vereiteln kann, und sich das Gesetz gegen ein derartiges böswilliges Verhalten für machtlos erklärt, indem es den Berechtigten wieder auf den Klageweg verweist (vgl. § 893 ZPO.). Um hier zu helfen, hatte bereits die Praxis des preußischen und gemeinen Rechts Anträge dahin zugelassen, daß der Verpflichtete „die Sache herausgebe oder deren Wert zahle".

Die Mängel dieser Klagestellung sind häufig gerügt worden (vgl. insbesondere Böning S. 48 und Stölzel S. 130). Es sei hier nur betont, daß die Verurteilung unrichtig ist, insofern, als sie dem Berechtigten mehr gewährt, als er verlangen kann:

---

[26]) Eine kurze Übersicht über die verschiedenen Ansichten findet sich bei Förster-Kann § 255 Anm. 4e.

nämlich einen vollstreckbaren Titel auf die ihm nicht zukommende Geldsumme (vgl. § 264 Abs. 1 BGB.). Andererseits ist der Antrag unklar für den Fall, daß der Kläger dem Beklagten nur eine Wahlbefugnis einräumen will (vgl. § 253 Ziff. 2 ZPO.).

Um diese Fehler zu vermeiden, schlugen Böning und Stölzel a. a. O. vor, den Antrag so zu fassen, daß dem Beklagten eine facultas alternativa eingeräumt werde. In der Urteilsformel sollte dies darin zum Ausdruck kommen, „der Beklagte kann sich durch Leistung von x Mark befreien".

Damit sind nun zwar die Mängel der Urteilsformel aber auch ihre Vorzüge für den Berechtigten beseitigt, da dieser wieder auf den guten oder bösen Willen des Verpflichteten angewiesen ist, ohne den erforderlichen Vollstreckungszwang auf die Geldleistung ausüben zu können.

Aus diesem Grunde schlug Marquardt (JW. 1909 S. 37) im Anschluß an die Anregungen von Eccius (GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 151, 152) vor, den Klagantrag so zu fassen, daß der Beklagte zum Schadensersatz verurteilt wird, für den Fall, daß er eine urteilsmäßige Frist zur Leistung fruchtlos hat verstreichen lassen. Die Bedeutung einer derartigen Klagestellung soll an Hand eines praktischen und typischen Falles erörtert werden.

Angenommen, eine wertvolle Taschenuhr, die dem Eigentümer A auf unerklärliche Weise abhanden gekommen ist, findet sich nach einiger Zeit bei dem Uhrhändler B. Der Eigentümer A klagt jetzt gegen B mit der Behauptung, die Uhr sei 1000 Mk. wert, und mit dem Antrage,

1. den Beklagten zu verurteilen, die Uhr in einer Frist von 2 Wochen herauszugeben und ihn
2. für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs zur Zahlung von 1000 Mk. Schadensersatz zu verurteilen.

Er erklärt zugleich in der mündlichen Verhandlung, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne.[27])

[27]) Obwohl ein Beispiel aus dem Recht der Schuldverhältnisse mit geringeren rechtlichen Schwierigkeiten durchzuführen ist, wird ein Beispiel aus dem Sachenrecht gewählt, um in Ergänzung der Ausführungen unter B die Bedeutung des § 283 BGB. für dingliche Ansprüche darzutun.

Zu 1. Ohne weiteres ist ersichtlich, daß sich der Herausgabeanspruch auf § 985 BGB. stützt und — da ein gutgläubiger ursprünglicher Eigentumserwerb an abhanden gekommenen Sachen nicht stattfindet — begründet ist.

Ob dagegen die Voraussetzungen für den Fristsetzungsantrag gemäß § 255 ZPO. vorliegen, kann zweifelhaft sein. Es ergibt sich hier das Bedenken, ob § 283 BGB. auf dingliche Ansprüche anwendbar ist, da er sich sowohl nach seiner Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs als nach seiner Fassung nur auf schuldrechtliche Verhältnisse zu beziehen scheint. Worte wie „Gläubiger", „Schuldner", „Erfüllung", „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" werden im Bürgerlichen Gesetzbuch nur auf schuldrechtliche Verbindlichkeiten angewendet.

Man kann aber nicht etwa deshalb durch argumentum e contrario folgern, daß § 283 auf dingliche Ansprüche überhaupt nicht angewendet werden dürfe. Eine strenge Scheidung des ersten Teils vom 2. Buch zum 3. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt sich nicht durchführen, da sich im Sachenrecht Begriffe finden, die nur aus dem Recht der Schuldverhältnisse erläutert werden können (z. B. „Verzug", „Schaden", „Verschulden"). Es muß vielmehr die Anwendung der allgemeinen schuldrechtlichen Normen auf dingliche Ansprüche ebenso wie auf obligatorische zulässig sein, zumal beide für eine bestimmte Person „Verbindlichkeiten" erzeugen und sich voneinander nur durch den Ursprung unterscheiden (ähnlich Hellwig, Anspruch S. 30; Oertmann S. 4 u. a.). Freilich darf die Ergänzung nur soweit gehen, als nicht besondere Vorschriften oder entscheidende Erwägungen aus der Natur der dinglichen Rechte entgegenstehen (so zutreffend Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 9; Mot. Bd. 2 S. 4; Planck Bd. 2 S. 4 u. 5).

Die „entsprechende" Anwendung des § 283 auf dingliche Ansprüche würde nun ergeben: der Eigentümer kann dem zur Herausgabe rechtskräftig verurteilten Besitzer eine angemessene Frist zur Herausgabe mit der Erklärung setzen, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme ablehne. Nach fruchtlosem Fristablauf kann er Schadensersatz „wegen Nichterfüllung" verlangen, während der Anspruch auf Herausgabe nunmehr ausgeschlossen ist.

Ein derartiges Ergebnis wäre mit dem Begriffe des Eigentümers jedenfalls dann unvereinbar, wenn aus dem Eigentum immer nur ein Herausgabeanspruch fließen könnte, derart, daß bei Besitzwechsel der gegen den früheren und der gegen den jetzigen Besitzer gerichtete Anspruch als identisch bezeichnet werden müßte. In diesem Falle würde das Erlöschen des Herausgabeanspruchs das Eigentum an beweglichen Sachen für alle Zeiten zu einem nudum jus machen ohne die geringste Möglichkeit der Geltendmachung im eigenen Interesse. Der Eigentümer würde mangels Besitzes nicht tatsächlich, mangels Herausgabeanspruches nicht rechtlich über die Sache verfügen können. Nur zur Übertragung des Eigentums an den Besitzer gemäß § 929 Satz 2 wäre er in der Lage. Eine solche Folge erscheint mit einer begrifflich uneingeschränkten Herrschaft, mag sie auch durch gesetzliche Eigentumsbeschränkungen Einbusse erleiden, unvereinbar.

Die Natur des dinglichen Herausgabeanspruchs ist jedoch derart, daß er sich in der Person eines jeden Besitzers erneuert. Dies kann man allerdings nicht aus § 221 — der einzigen Stelle wo das Bürgerliche Gesetzbuch den dinglichen Anspruch erwähnt — folgern, denn hier findet sich kein Ausspruch über die Einheitlichkeit des Anspruchs. Wohl aber ergibt es sich aus §§ 194, 985. Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, erscheint so notwendig mit diesem anderen verknüpft, daß ein Wechsel in dessen Person zugleich einen Wechsel des Anspruchs zur Folge haben muß. Jede neue Besitzverschiebung ist als neue eigentumswidrige Handlung aufzufassen: sie läßt zwar den gegen den bisherigen Besitzer gerichteten Anspruch erlöschen, dafür aber einen solchen gegen den Nachfolger zur Entstehung gelangen. (Im Ergebnis zustimmend: Stälin S. 38.)

Diese Auffassung vom Wesen des dinglichen Herausgabeanspruchs ist zugrunde zu legen. Es ergibt sich dann unter Anwendung des § 283 allerdings auch die Folge, daß das Eigentum mangels Herausgabeanspruchs ein verkehrsunfähiges Recht wird. Dies aber wenigstens nur so lange, als ein Besitzwechsel nicht stattgefunden hat. Gegen einen neuen Besitzer würde das Eigentum (soweit nicht obligatorische Rechte entgegenstehen) wieder seine volle Kraft entfalten.

Eine derartige Folge erscheint mit dem Wesen des Eigentümers um so eher vereinbar, als das Gesetz selbst in § 1004 Abs. 2 den Beweis liefert, daß der Ausschluß von Eigentumsansprüchen zulässig sein muß. Auch steht § 137 BGB. nicht entgegen, obwohl man ja zugeben muß, daß das Erlöschen des Herausgabeanspruchs praktisch eine Verfügungsbeschränkung darstellt. Diese Beschränkung ist aber keine rechtsgeschäftliche, sondern eine gesetzliche, und ist daher für gültig zu erachten.

Erscheint somit § 283 für anwendbar auf dingliche Herausgabeansprüche, so folgt daraus, daß der Antrag des Eigentümers A, dem Besitzer B zur Herausgabe der Uhr eine Frist von zwei Wochen zu setzen, zulässig ist.[28]) [29])

---

[28]) Die Anwendbarkeit des § 283 auf dingliche Herausgabeansprüche bejahen: RGWarn. 1912 S. 411, Planck 4. Aufl. § 283 Erl. 2d; and. M. offenbar (allerdings für den nachbarrechtlichen Fall des § 906 BGB. u. § 26 GewO.) OLG. Bd. 25 S. 205. Die dort nur angedeuteten prinzipiellen Bedenken gegen die Anwendung des § 283 (Stellung im System, „dinglicher" Anspruch) sind bereits oben beseitigt worden.

[29]) Nicht anwendbar ist § 283 auf dingliche Ansprüche, welche die Herausgabe von Grundstücken betreffen. Der Eigentümer würde hier durch das Erlöschen des Herausgabeanspruchs — anders wie bei Fahrnis — keine Beschränkung der Verfügungsmacht erleiden, da er jederzeit in der Lage wäre, das Grundstück an einen Dritten aufzulassen. Ja, die Auflassung hätte sogar die Kraft, den Herausgabeanspruch in der Hand des Erwerbers neu zu begründen, wie sich aus § 985 ergibt. Denn da „der Eigentümer" vom Besitzer die Herausgabe verlangen kann, so kann dies eben jeder Eigentümer, in dessen Person nicht der Anspruch auf Herausgabe erloschen ist. Damit hätte der Berechtigte also sogar die Möglichkeit, die bereits eingetretene Wirkung des § 283 zu vereiteln. Wer wollte ihn hindern, sich nach Veräußerung des Grundstücks, die Auflassung wieder erteilen zu lassen, nachdem er durch seinen Rechtsnachfolger den Besitzer im Wege der Zwangsvollstreckung hat vertreiben lassen?

Die Anwendung des § 283 für Grundstücke scheitert ferner an der Unmöglichkeit der Schadensberechnung. Der Herausgabeanspruch bei beweglichen Sachen kann, wie im Text noch zu zeigen ist, dem Eigentum gleich verwertet werden, da sein Erlöschen das Eigentum praktisch ausschließt. Das trifft bei Grundstücken nicht zu. Der Herausgabeanspruch könnte, da das Eigentum voll verkehrsfähig bleibt, nur nach dem Werte des dauernd entzogenen Besitzes abgeschätzt werden. Es ist aber unmöglich, diesen Wert zu bestimmen. Ebenso erfolglos ist es auch, dieser Schwierigkeit dadurch aus dem Wege zu gehen, daß man gemäß § 255 BGB. folgenden Ausgleich schafft: Der Verpflichtete hat den Wert des Grundstücks zu

Zu 2. des Klagantrages verlangt A 1000 Mk. Schadensersatz für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs, indem er zugleich behauptet, diese Summe stelle den Wert der abhanden gekommenen Uhr dar.

Dieser Antrag entnimmt seinen Sinn unmittelbar aus § 283 BGB. Es kann also nicht zweifelhaft sein, ob mit dem „fruchtlosen Fristablauf" gemeint sei, daß der Kläger die Zwangsvollstreckung mindestens versucht haben müsse, oder ob er davon absehen dürfe. Nach der hier vertretenen Anschauung ist er gar nicht in der Lage, während der Frist aus dem Herausgabetitel zu vollstrecken, das „fruchtlos" kann also ohne Zwang gedeutet und nur auf die vorher erwähnte „Herausgabe" bezogen werden.[30])

Die gleichzeitige Zulässigkeit der Klage auf Schadensersatz neben der auf Leistung gerichteten ergibt sich nicht bereits aus § 255 ZPO. (zutreffend Stein § 260 Erl. 4 a; Siegel in JW. Bd. 10 S. 56; Pünder S. 56; and. M. Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 152, Bd. 41 S. 885; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 103 f., Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 265, 266; Schmidt, Lehrb. S. 717, Neuerungen S. 66), da hier im Anschluß an die Verurteilung zur Befriedigung des Leistungsanspruchs nur die richterliche Fristbestimmung zugelassen wird, da also, wie Josef in GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 193 bemerkt, § 255 eine Ergänzung zu § 253 nicht zu

---

ersetzen, der Berechtigte ihm das Eigentum daran zu übertragen. Dieses Verfahren würde dann versagen, wenn der Besitzer nur einen Teil des Grundstücks, an dem ein selbständiges Eigentum nicht eingeräumt werden kann, herauszugeben hätte. Man denke nur an das Stockwerk eines Hauses. (Dies Beispiel bei Planck 4. Aufl. § 283 Anm. 2 b.) § 283 ist also auf Grundstücke nicht anwendbar. (Im Ergebnis übereinstimmend mit Planck a. a. O.)

[30]) Im Urteil des OLG. Hamburg v. 13. 4. 1891 (in SeuffArch. Bd. 47 Nr. 235) heißt es: „Das angefochtene Urteil läßt es völlig im Dunkeln, wann die Klägerin berechtigt sein soll, die im Urteil genannte Geldsumme durch Pfändung beizutreiben; ob schon dann, wenn der Beklagte nicht ohne weitere Zwangsmaßregel dem prinzipalen Teil des Urteils genügte, oder doch, wenn der Gerichtsvollzieher die herauszugebenden Sachen bei ihm nicht vorgefunden habe, oder ob er erst den Offenbarungseid geleistet oder im Falle der Verweigerung Haft bis zum äußersten zulässigen Maße gegen ihn angeordnet und vollzogen sein müsse". Diese Bedenken, die seinerzeit zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils geführt haben, sind ausgeschlossen, wenn die Eventualentscheidung für den Fall eines fruchtlosen Fristablaufs gemäß § 283 BGB. erlassen wird.

§ 257 ff. darstellt. Ebensowenig sind aber gegen die gleichzeitige Zulässigkeit der Klage auf Schadensersatz aus § 255 Schlüsse zu ziehen. Zwar wurde von Stein bei Schaffung der Prozeßnovelle von 1898 vorgeschlagen, dem Kläger im Falle des § 255 die Möglichkeit zu geben, ein Teilurteil auf Leistung mit Fristbestimmung zu erwirken und dann nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Schadensersatzanspruch in 1. Instanz weiter zu verfolgen. (ZZP. Bd. 24 S. 222; vgl. Hellwig, System S. 266.) Die Tatsache, daß dieser Anregung nicht entsprochen wurde, kann aber um so weniger von ausschlaggebender Bedeutung sein, als die Zivilprozeßordnung in § 260 bereits eine allgemeine Bestimmung enthält, wonach die Häufung mehrerer gegen denselben Beklagten gerichteter, wenn auch auf verschiedenen Gründen beruhender Ansprüche gestattet wird.

Dieser Paragraph ist die Grundlage für die Verbindung zwischen Leistungs- und Schadensersatzklage.

Auch hier ist „Anspruch" im prozessualen Sinne des Klagebegehrens gemeint, nicht im materiellen des § 194 BGB. Wenn sich also aus § 283 BGB. ergibt, daß zur Zeit der Klage auf Leistung ein Schadensersatzanspruch überhaupt noch nicht, auch nicht als bedingter, besteht, so spricht dieser Umstand nicht gegen die Möglichkeit der Klageverbindung. (And. M. OLG. Stuttgart in R. 1912 Nr. 379, OLG. Posen in PosMSchr. 1907 S. 124). Weder enthält § 283 BGB. prozessuale Bestimmungen, noch kümmert sich § 260 ZPO. um das materielle Recht. Er läßt vollständig dahingestellt, in welchem Verhältnis die „Ansprüche" zueinander stehen oder ob sie gemäß §§ 253—259 ZPO. prozessual zulässig sind.

Die Häufung im Falle des § 283 BGB. u. § 255 ZPO. hat nun zunächst nicht den Sinn, daß die Klage auf Schadensersatz nur bei Abweisung der Klage auf Leistung erhoben sein soll. Eine derartige Klageerhebung würde als bedingte unzulässig sein. Ebensowenig liegt eine Eventualverbindung in dem Sinne vor, daß der Richter nur unter der Voraussetzung auf den eventuellen Antrag eingehen muß, daß sich im Prozeß das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines tatsächlichen Umstandes herausstellen sollte. Die Ungewißheit liegt hier vielmehr jenseits des Urteils,

und der Richter hat in jedem Falle über beide Ansprüche zu urteilen. Die zweite Klage wird allerdings „gegenstandslos" mit Abweisung der ersten, während sie „nur dann Erfolg hat (besser: haben kann), wenn die erste durchgedrungen ist" (Stein § 260 Erl. II, 4). Obwohl demnach nicht die Klagen, sondern die Urteile in einem Eventualverhältnis stehen (Westendorf S. 25), erscheint es zulässig, die zweite Klage mangels eines gleich kurzen, treffenden Ausdrucks als „Eventualklage" zu bezeichnen.

Beruht die Zulässigkeit der Klageverbindung auf § 260 ZPO., so stehen der Zulassung der Eventualklage — die, wie unten zu erörtern ist, nur unter der prozessualen Voraussetzung des § 259 ZPO. möglich sein kann — folgende rechtliche Bedenken entgegen.

a) Bei der Beratung des § 283 BGB. wurde, wie die Prot. Bd. 1 S. 321, 322 ergeben, hervorgehoben,

> „das Urteil könne für den Fall, daß die Leistung innerhalb der Frist erfolge, nur die Schadensersatzpflicht des Schuldners aussprechen, nicht aber auch den Betrag des zu leistenden Schadensersatzes feststellen, weil für die Berechnung des Schadens der zukünftige Zeitpunkt des Fristablaufs maßgebend sei".

Dieser Ausführung kann nicht zugestimmt werden. Allerdings kann ein Schaden immer nur im Zusammenhange mit einem bestimmten Zeitpunkt gewertet werden, und es ist auch richtig, daß als solcher im Falle des § 283 der Augenblick des Fristablaufs in Betracht kommt. (Vgl. RG. V. Zivilsenat 61 und 517/13.) Dennoch ist der Richter — wie aus §§ 259, 287, 323, 510b ZPO. hervorgeht — in der Lage in die Zukunft zu schauen und einen noch gar nicht vorhandenen Schaden seiner Höhe nach festzustellen, wenn nur die genügenden tatsächlichen Unterlagen für eine derartige Feststellung mit Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen. Ob diese vorhanden sind, ist Tatfrage, für die sich bestimmte, allgemein gültige Regeln nicht aufstellen lassen. Immerhin ergeben sich gerade für den praktisch wichtigsten Fall, die Wertersatzklage des Eigentümers oder Gläubigers, wichtige Anhaltspunkte für die Schadensberechnung durch den Wert der Sache.

Nimmt man im vorliegenden Fall an, daß beide Parteien den Wert der streitigen Uhr mit 1000 Mk. angeben, so steht diese

Tatsache für den Prozeßrichter als unstreitig fest. Er wird sich dann fragen müssen, ob die Höhe des Schadens, den der Eigentümer A erleiden wird, dem Werte der Uhr entspricht. Einleuchtend ist, daß der Wert des Eigentums, der vollkommensten Herrschaft über eine Sache, gleich dem Werte der Sache geachtet werden muß. Falls also die Uhr, und damit das Eigentum an ihr, bis zum Ablauf der Frist zugrunde gegangen sein sollte, würde für A in der Tat ein Mindestschaden erwachsen sein, der dem Werte der Uhr gleichkommt. Diese Möglichkeit muß aber außer Betracht bleiben. Wesentlich ist allein, ob A lediglich durch den vergeblichen Fristablauf den geltend gemachten Schaden erleiden kann. Das ist vom rein theoretischen Standpunkt aus zu verneinen. Der Fristablauf bewirkt nicht den Verlust des Eigentums, sondern nur des Herausgabeanspruchs. Dieser muß aber, da er nur einen Teil der Befugnisse des Eigentümers darstellt, einen geringeren Wert haben, als das Eigentum selbst. Rein logisch kann er nicht dem Werte der Sache, sondern nur dem des dauernden Besitzes an ihr gleichgestellt werden.

Diesen theoretischen Erörterungen stehen aber folgende praktischen Erwägungen entgegen. Durch das Erlöschen des Herausgabeanspruchs verwandelt sich das Eigentum in ein verkehrsunfähiges Recht. Der Herausgabeanspruch gelangt, wie aus den Erörterungen zu 1. des Klagantrags folgt, nur im Falle eines Besitzwechsels wieder zur Entstehung. Es hängt also vom Zufall und vom Willen des Gegners ab, ob die rechtlich fortdauernde Herrschaft jemals wieder mehr wird als ein bloßes Scheingebilde. Da das Eigentum damit in der Tat praktisch wertlos ist, muß das Erlöschen des Herausgabeanspruchs wie der Verlust des Eigentums selbst gewertet werden.[31])

---

[31]) Bei dieser Berechnung bekommt der Eigentümer insofern zu viel, als er für das Erlöschen des Herausgabeanspruchs den Ersatz erhält, den er für das Erlöschen des Eigentums verlangen könnte. Ebenso erhält der Besitzer zu wenig, da auch der dauernde Besitz nicht der unumschränkten Sachherrschaft gleichgeachtet werden kann, für die Ersatz zu leisten ist. Außerdem besteht mit Fristablauf ein durchaus unwirtschaftlicher Zustand, da der Eigentümer überhaupt nicht, der Besitzer nur tatsächlich über die Sache verfügen kann.

Diese Erwägungen können aber nicht gegen die Zulassung der Eventualklage

Möglich ist natürlich, daß dem Eigentümer ein höherer Schaden erwächst, sei es durch Wertsteigerung, sei es durch ein besonders günstiges, zur Zeit des Fristablaufs noch wirksames Kaufangebot (vgl. § 252 BGB.). Der Richter wird derartige Umstände erst dann berücksichtigen können, wenn sie eingetreten sind. Der Eigentümer wird sie erfolgreich also erst mit Fristablauf und auch dann nur unter der Voraussetzung geltend machen können, daß nicht angenommen werden muß, er habe sich mit dem Wertersatz begnügen wollen und somit auf einen höheren Schadensersatz verzichtet.[32])

ausschlaggebend sein, da sie in gleicher Weise für eine Fristsetzung außerhalb des Prozesses gelten. Sie können ebensowenig gegen die vorgeschlagene Schadensberechnung verwendet werden, da es eine selbstverständliche Forderung ist, daß im Falle des Schadensersatzes das Interesse des Berechtigten vorgehen, das Interesse des Verpflichteten nachstehen muß. Wohl aber lassen sie das Ziel einer gerechten Ausgleichung klar erkennen: Der Eigentümer muß gehalten sein, das für ihn praktisch wertlose Recht auf den Besitzer, der ihm den vollen Sachwert erstattet, zu übertragen. Die erstrebte Rechtsfolge ergibt sich aus § 255 BGB. Stehen nämlich dem wegen Sach- oder Rechtsverlust Ersatzberechtigten auf Grund seines Eigentums Ansprüche gegen Dritte zu, so soll Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche geleistet zu werden brauchen. Darin liegt der Grundgedanke, daß niemand Übererſatzleiſtung erhalten darf. (Ähnlich Mot. zu § 223; Planck § 255 Erl. 1.) Falls es also — wie hier — aus praktischen Gründen unumgänglich ist, dem Berechtigten mehr zuzuwenden, als ihm zukommt, ist er zur Ausgleichung verpflichtet. Diese Verpflichtung entsteht zugleich mit dem Schadensersatzanspruch, also mit Fristablauf. Sie ist Zug um Zug zu erfüllen, in ähnlicher Weise wie bei gegenseitigen Verträgen. (Vgl. Planck 3. Aufl. § 255 Erl. 4; Komm. der RGRäte das. Erl. 2.) Dennoch kann sie keinen Rechnungsfaktor bei der Schadensfeststellung durch den Richter bilden, derart, daß etwa der Beklagte zum Wertersatz nur gegen Übertragung des Eigentums an der Sache verurteilt werden könnte. Der Richter hat nur darauf zu achten, daß der Schaden des Klägers, nicht darauf, daß ein etwaiger Nachteil des Beklagten ersetzt wird, der praktisch einen Vorteil des Klägers nicht darstellt. Diesen Nachteil geltend zu machen, muß dem Beklagten für einen besonderen Prozeß vorbehalten bleiben.

[32]) Ein derartiger Erlaß wird häufig aus den gerichtlichen oder außergerichtlichen Erklärungen des Eigentümers zu folgern sein. Dieser sagt z. B., der Beklagte könne die Uhr behalten, wenn er ihm 1000 Mk. zahle. Hierbei ist das gemäß § 397 BGB. erforderliche Einverständnis des Gegners zu unterstellen. Der Fall, daß ein Verpflichteter dem Erlaß nicht zustimmt, ist so selten, daß „eine tatsächliche Vermutung dafür angenommen werden darf, daß sein Stillschweigen Annahme bedeute". (So mit Recht Staudinger Vorbem. III vor § 379; Komm. der RGRäte § 151 Erl. 1 a. E.)

Die bisherigen Ausführungen zeigen, daß der Eigentümer, der die einschränkende Frist des § 283 bestimmt, mit fruchtlosem Fristablauf einen dem Werte der Sache entsprechenden Mindestschaden erleidet (zustimmend Planck zu § 283 Erl. 2c; Lesser S. 114; RG. in LZ. Bd. 13 S. 859; RG. Bd. 54 S. 33). Behauptet der Beklagte, es sei eine Wertminderung zu erwarten, (wofür er beweispflichtig ist, Lesser S. 114; RG. Bd. 54 S. 33), so könnte das Gericht über diese Behauptung gemäß § 287 ZPO. hinweggehen. Der Beklagte wird durch dieses Verfahren insofern nicht geschädigt, als er noch am letzten Tage der Frist rechtlich in der Lage ist, die Sache herauszugeben.

b) Damit ergibt sich ein weiteres Bedenken. Falls der Verpflichtete tatsächlich nicht in der Lage ist, die Sache herauszugeben, weil ihm die Leistung innerhalb der Frist schuldlos unmöglich geworden ist, so würde er dies gegenüber der Geldvollstreckung des Klägers im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen müssen (vgl. § 283 Abs. 1 Satz 3 BGB., § 767 ZPO.).

Es kann der Meinung Josefs S. 921, daß darin eine Unbilligkeit für den Verpflichteten liege (vgl. auch Stein § 260 Erl. IV), nicht zugestimmt werden, während die Ansicht Seufferts (zu § 255 Erl. 4 auch noch Stein 8./9. Aufl. Erl. I, anders 10. Aufl.), daß aus diesem Grunde die Eventualklage aus § 283 unzulässig sei, abzulehnen ist.

Für die Regel kommt der Schuldner mit der Klageerhebung in Verzug, haftet also von jetzt an für jede zufällige Unmöglichkeit der Leistung (§ 287). Wenn er nun durch die Fristbestimmung des Gläubigers gemäß § 283 Satz 3 die unverdiente Vergünstigung erhält, für Zufall nicht mehr aufkommen zu müssen, so kann ihm wohl die Unbequemlichkeit zugemutet werden, die Tatsache der unverschuldeten Unmöglichkeit, für die er gemäß § 282 BGB. auf alle Fälle beweispflichtig ist, im Wege der Klage gemäß § 767 ZPO. geltend zu machen.

Ist der Schuldner aber ausnahmsweise nicht in Verzug gekommen durch die Klageerhebung, weil die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben ist (§ 285 BGB.), so ist ihm doch gemäß § 767 Abs. 2 ZPO. die Möglichkeit, diese Tatsache noch geltend zu machen, versagt. Er ist also genau so zu behandeln, als befände er sich im Verzuge.

Entsprechendes muß für den unredlichen Besitzer gelten, der durch die Klageerhebung gemäß § 284 Satz 2 in Verzug geraten (§§ 990 Abs. 2, 287 Satz 2), oder dem die Geltendmachung der Einrede des § 285 BGB. gemäß § 767 ZPO. untersagt ist. Ob es auch für den bei Rechtshängigkeit redlichen Besitzer zutrifft, kann deshalb zweifelhaft sein, weil sich per arg. e contr. aus §§ 989, 990 BGB. ergibt, daß die Verzugsvorschriften auf ihn keine Anwendung finden (vgl. RG. Bd. 74 S. 274 a. E.), so daß er für zufällige Herausgabeunmöglichkeit nicht haftet. Hier sind jedoch folgende Erwägungen ausschlaggebend. Wenn der verklagte Besitzer beim Erwerbe der Sache gutgläubig gewesen ist (§ 932 Abs. 2), so gelangt ihm doch mit Verkündung, spätestens aber mit Zustellung des Urteils zur überzeugenden Kenntnis, daß der Kläger Eigentümer der Sache ist (§ 990 Satz 2 BGB.). Er wird also bösgläubig. Gleichzeitig gerät er regelmäßig in Verzug, da die Klageerhebung — die nach Eintritt der Fälligkeit (§§ 985, 284 Satz 1), wenn auch vor Eintritt der Bösgläubigkeit erfolgt — als Mahnung wirkt (§ 284 Satz 2). Hat die Klageerhebung nicht die Kraft der Mahnung, weil die Herausgabe dem Besitzer während seiner Gutgläubigkeit schuldlos unmöglich geworden ist, so kann diese Tatsache, falls sie bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten ist, in der Vollstreckungsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden (§ 767 Abs. 2 ZPO.). Nur wenn die Unmöglichkeit später — und zwar bis zur Verkündung, spätestens aber bis zur Zustellung des Urteils — eingetreten ist, erscheint es in der Tat unbillig, daß der Besitzer auf die Vollstreckungsgegenklage angewiesen ist.

In der Regel liegt also nur eine Unbequemlichkeit, keine Unbilligkeit für den Beklagten darin, daß er die zufällige Unmöglichkeit der Leistung während der Frist gemäß § 767 im Wege der Klage rechtfertigen muß. Die Unbequemlichkeit ist ihm um so mehr zuzumuten, als die Möglichkeit, daß die Sache zufällig untergeht, außerhalb aller Berechnung liegt. Es spricht geradezu eine tatsächliche Vermutung dagegen, daß der Fall des § 283 Satz 3 eintreten wird.

Übrigens mutet auch das Gesetz in einem Falle dem Beklagten zu, seine Einwendungen der schuldlosen nachträglichen Unmöglich-

keit klagend geltend zu machen. Es gestattet in § 510b ZPO., den Eventualanspruch auf Schadensersatz, der ebenfalls auf § 283 BGB. beruht (wie noch auszuführen sein wird), unbeschränkt geltend zu machen. Damit ist der authentische Beweis geliefert, daß hier unter allen Umständen das Interesse des Berechtigten an der Eventualklage dem Interesse des Verpflichteten vorgehen muß.[33])

c) In den Fällen, wo eine Teilleistung begrifflich möglich ist, ergibt sich ein weiteres Bedenken gegen die Zulassung der Eventualklage. Sind z. B. dem Eigentümer A zehn alte Münzen im Gesamtwerte von 1000 Mk. aus seiner Sammlung gestohlen worden, die sich nachträglich bei B wiederfinden, so sind die Rechtsfolgen verschieden, je nachdem die Herausgabe innerhalb der Frist ganz oder teilweise unterbleibt. Gelingt es A, im Wege der vorläufigen Vollstreckung zwei der Münzen beizutreiben, oder gibt B diese innerhalb der Frist freiwillig heraus, so beschränkt sich der Schadensersatzanspruch regelmäßig auf die noch ausstehende Restleistung (§ 283 Abs. 1 „soweit"). Der Wertersatzanspruch mindert sich somit um die bereits teilweise bewirkte Leistung, ohne daß diese Minderung bei einer etwaigen Zwangsvollstreckung aus dem Eventualurteil vom Vollstreckungsorgan berücksichtigt werden dürfte. Vielmehr müßte der Schuldner gegenüber einer Vollstreckung aus dem Eventualurteil gemäß § 767 ZPO. vorgehen. Das würde in Fällen, wo der Schuldner unter Mühe und Zeitverlust bereits den größten Teil der Leistungen bewirkt hat, und wo die geringfügige Restleistung durch Zufall oder fremdes Verschulden nicht rechtzeitig bewirkt werden kann, zu Härten führen. Abgesehen hiervon ist weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Vermutung dahin zulässig, daß die Leistung nur in voller Höhe oder gar nicht erfolgen werde. Man wird hier also (im Gegensatz zu b) bei gerechter Abwägung den Interessen des Schuldners vor denen des Gläubigers den Vorzug geben müssen und die Eventualklage nur

---

[33]) Wie oben Lesser S. 114. Seuffert zu § 255 Erl. 4 hält die Verbindung der Ersatzklage mit der Leistungsklage in den Fällen der §§ 250, 326, 634 BGB. für zulässig, dagegen in den Fällen der §§ 283 u. 325 Abs. 2 BGB. für unzulässig, weil hier zufällige Leistungsunmöglichkeit während der Frist die Entstehung des Ersatzanspruchs hindere. Diese Scheidung ist weder befriedigend noch kann sie, wie § 510b ZPO. beweist, dem Sinne des Gesetzes entsprechen.

dann zulassen dürfen, wenn der Kläger nachweist, daß eine etwaige Teilleistung für ihn kein Interesse haben werde. Unter dieser Voraussetzung steht nämlich fest, daß eine Schadensersatzpflicht auch bei teilweiser Leistung in vollem Umfang eintreten wird (§§ 283 Abs. 2, 280 Abs. 2 Satz 1).[34])

d) Endlich erscheint es bei gegenseitigen Verträgen fraglich, ob die Eventualklage zu gestatten ist, und zwar aus dem Grunde, weil der Kläger im Augenblick des fruchtlosen Fristablaufs wählen kann zwischen Schadensersatz und Rücktritt (§§ 325 Abs. 2, 326 BGB.). Otte S. 22 meint, hier sei das Wahlrecht bereits mit Erhebung der Eventualklage unwiderruflich ausgeübt. Dem ist jedoch nicht beizustimmen. Vielmehr muß mit Planck (4. Aufl. § 326 Erl. 2b — anders 3. Aufl. —; auch Komm. der RGRäte § 326 Erl. 1 Abs. 3 a. E.) angenommen werden, daß weder eine unmittelbare, noch eine entsprechende Anwendung des § 263 BGB. in Frage kommt, daß also noch nicht die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, er verlange Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern erst die Leistung des Schadensersatzes das Rücktrittsrecht ausschließt. Demnach tritt eine frühere Beschränkung auch dann nicht ein, wenn der Schuldner auf Schadensersatz verklagt und rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Gläubiger kann sogar noch nach fruchtloser Zwangsvollstreckung sein Rücktrittsrecht ausüben, während der Schuldner, um die für ihn lästige Ungewißheit abzuschneiden, gemäß §§ 327, 355 BGB. verfahren, also eine Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts setzen muß. Damit ist er ausreichend geschützt. Übt der Gläubiger innerhalb dieser Frist das Gestaltungsrecht des Rücktritts aus, so ist damit sein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen (Planck § 326 Erl. 2a; RG. Bd. 61 S. 130, Bd. 66 S. 432). Unterläßt er die Rücktrittserklärung, so ist das Rücktrittsrecht erloschen (§ 355).

In diesem Zusammenhange erhebt sich die Frage, ob der Gläubiger von der Eventualklage auf Schadensersatz abgehen und Leistung desjenigen verlangen kann, was der Schuldner nach

---

[34]) Im Ergebnis wie oben: Anger S. 453, Sellner S. 495; and. M. Otte S. 22, Lesser S. 114, die den Schuldner im Falle der Teilleistung gegenüber einer Vollstreckung des Gläubigers auf § 767 ZPO. verweisen wollen und damit die beste Gelegenheit zu neuen Streitigkeiten und Prozeßverwicklungen schaffen.

fruchtlosem Fristablauf auf Grund des Rücktritts schulden wird. Ein derartiges prozessuales Verhalten würde in den Fällen wünschenswert erscheinen, in denen dem Richter nicht genügende Anhaltspunkte für die Schätzung des zukünftigen Schadens beigebracht werden können, während natürlich dasjenige, was der Schuldner auf Grund des Vertrages bereits empfangen hat, jederzeit angegeben werden kann. Man wird jedoch ein derartiges Verfahren ablehnen müssen. Nicht wegen unzulässiger Klagänderung (vgl. RG. in DJZ. 1903 S. 274), aber deshalb, weil die Ausübung des Rücktrittsrechts vor Ablauf der in den §§ 325 Abs. 2, 326 BGB. bestimmten Fristen wirkungslos ist. Es besteht hier keine dem § 255 ZPO. entsprechende Bestimmung, die gestattet, das Gestaltungsrecht bereits vor dem nach materiellem Recht maßgebenden Zeitpunkte im Prozeß bedingt auszuüben. Der Gläubiger kann also dasjenige, was er auf Grund des Rücktritts zurückfordern dürfte, nur als Rechnungsfaktor für seine Schadensrechnung einsetzen. Im Erfolg wird er so vielleicht das gleiche bekommen, aber eine Klage auf Rückgewähr des Empfangenen vor Fristablauf ist ausgeschlossen.[35])

Aus demselben Grunde ist es unmöglich, zugleich mit der Klage auf vertragsmäßige Gewährung der Mietsache die aus der Kündigung entspringenden Rechte geltend zu machen. Auch hier erwächst das Gestaltungsrecht erst mit Fristablauf (§ 542 BGB.).

Sind somit alle Bedenken, die gegen die Zulassung der Wertersatzklage sprechen, beseitigt, so muß man doch anerkennen, daß zur Durchführung einer Klage nach Prozeßrecht ein Rechts-

---

[35]) Die von Hellwig (Anspruch S. 43) vorgeschlagene Urteilsformel

1. der Beklagte wird zur Herausgabe der Sache innerhalb einer Frist von 14 Tagen verurteilt;
2. für den Fall, daß dies nicht geschieht, wird der Beklagte verurteilt, dem Kläger den Kaufpreis im Betrage von x Mk. zurückzuzahlen

kann zu dem Irrtum Anlaß geben, als werde hier nicht der Schadensersatzanspruch geltend gemacht, sondern das Rücktrittsrecht ausgeübt. Der Deutlichkeit halber wird daher folgende Fassung zu bevorzugen sein:

2. „Für den Fall, daß dies nicht geschieht, wird der Beklagte verurteilt, dem Kläger als Schadensersatz den Kaufpreis in Höhe von x Mk. zurückzuzahlen".

schutzinteresse regelmäßig nur dann besteht, wenn der Anspruch spätestens zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung fällig ist. Der Anspruch auf Wertersatz, mag man ihn nun als zukünftigen oder bedingten bezeichnen, ist noch nicht fällig.

Von den Ausnahmefällen, in denen die Verurteilung zur zukünftigen Leistung möglich sein soll, kann zunächst § 257 ZPO. nicht in Betracht kommen, da er für bedingte oder ungewisse Ansprüche unanwendbar ist (Stein § 257 Erl. III; Müller in GruchotsBeitr. Bd. 57 S. 813 u. a.). Das Rechtsschutzinteresse kann sich also nur aus der allgemeinen Vorschrift des § 259 ZPO. ergeben, wonach die Klage für den Fall zulässig ist, daß die Besorgnis besteht, der Verpflichtete werde sich der zukünftigen Leistung entziehen.[36])

Von „künftiger Leistung" kann man u. a. dann reden, wenn der zugrunde liegende Anspruch von einer erst nach dem Urteil zu erwartenden Bedingung abhängt (vgl. Stein § 259 Erl. I; Moos S. 37; Müller S. 814), nicht aber bei „künftigen Ansprüchen", d. h. solchen, die ihrem Grunde nach noch nicht vorhanden sind und daher zunächst bloße Aussichten oder Hoffnungen darstellen.

Der Grund für den Wertersatzanspruch wird mit Schluß der letzten mündlichen Verhandlung gelegt, da in diesem Augenblick feststeht, daß es zur Fristbestimmung kommen muß. Von jetzt an ist der Anspruch bedingt durch die verschuldete Nichtleistung, befristet durch den Ablauf der im Urteil festzusetzenden Frist. (Zustimmend scheinbar Stein a. a. O.) Der Wertersatz stellt sich also für den Richter als zukünftige Leistung im Sinne des § 259 dar.[37])

---

[36]) Von dieser Rechtsschutzvoraussetzung will Hellwig (System S. 265/66) ganz absehen, mit der Begründung, Ersatzansprüche, die von einem fruchtlosen Fristablauf abhingen, seien als fällige zu behandeln. Im Ergebnis ebenso: Schmidt, Nachtrag S. 66; Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 47 S. 152, Bd. 41 S. 140.

[37]) And. M. Siegel S. 56, der den Anspruch — ohne Begründung — vor Fristablauf für einen zukünftigen erklärt. Dieser Ansicht steht diejenige Lessers schroff gegenüber. Lesser (S. 114) hält die Klage auf künftigen Wertersatz auch dann für zulässig, wenn eine urteilsmäßige Befristung nicht zu erfolgen hat. Der Richter soll demnach seine Entscheidung für den Fall treffen, daß a) der Gläubiger dem Schuldner nach Rechtskraft des Primärurteils eine angemessene (im Urteil

Der Rechtsschutz aus § 259 wird aber nur unter der weiteren Voraussetzung gewährt, daß die Besorgnis gerechtfertigt ist, die Zahlung des Wertersatzes werde ohne gerichtliche Hilfe unterbleiben.[38]) Ob diese Befürchtung begründet ist, muß der Richter als eine Frage des öffentlichen Rechts im Einzelfalle von Amts wegen erörtern. Die Feststellung wird — wenn man von der hier vertretenen Ansicht ausgeht, daß die vorläufige Vollstreckung auf Leistung möglich, die endgültige ausgeschlossen sei — zunächst davon abhängen, ob das Leistungsurteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, oder nicht.

a) Hat eine Vollstreckbarkeitserklärung nicht zu erfolgen, weil die in §§ 708 ff. ZPO. gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche nicht vorliegen, so spricht zunächst eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Schadensfall eintreten wird. Denn einerseits wird der Beklagte, der es bis zum Urteil kommen läßt, die Sache offenbar nicht freiwillig herausgeben, andererseits kann ein Zwang auf ihn nicht ausgeübt werden.

Wird aber der Schadensfall eintreten, so ist damit auch in der Tat die dringende Gefahr gegeben, daß der Kläger im Zeitpunkt des Fristablaufs eine neue Klage auf das Interesse erheben muß. Es sind ja gewisse Fälle denkbar, daß dem Beklagten nur darum zu tun ist, die Sache zu behalten, während er geneigt ist, das Interesse zu zahlen. Diese Fälle müssen aber als Ausnahmen

---

also nicht einmal ihrer Dauer nach bestimmte!) Frist, b) mit der Erklärung bestimmt hat, er lehne die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ab, c) und daß diese Frist fruchtlos verstrichen ist. Das Urteil würde hier also auf durchaus unklare und entfernte Möglichkeiten gestützt sein, wodurch der Schuldner in unzulässiger Weise beschwert und auf den Weg des § 767 ZPO. verwiesen werden würde. Zwischen der Ansicht Siegels (grundsätzliche Ablehnung des Rechtsschutzinteresses der Wertersatzklage) und Lessers (grundsätzliche Bejahung des Rechtsschutzinteresses) steht die im Text vertretene als Mittelmeinung. Steins Ansicht, die Leisser für sich in Anspruch nimmt, ist nicht einwandfrei festzustellen (vgl. § 260 Erl. II, 4).

[38]) Oder, wie Stein § 259 Erl. II bemerkt, daß der Kläger ohne die Verurteilung zur künftigen Leistung voraussichtlich genötigt sein werde, im Zeitpunkt der Fälligkeit eine Verurteilungsklage zu erheben. Die Besorgnis eines schuldhaften Verhaltens wird nicht gefordert (Müller S. 817; and. M. OLG. Posen Bd. 5 S. 56; Skonietzki-Gelpke § 259 Erl. 3).

betrachtet werden. Die Lebenserfahrung spricht entschieden dagegen, daß ein Schuldner, der nicht freiwillig eine Schadensersatzverpflichtung übernommen hat, freiwillig zahlen werde. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Beklagte die Befriedigung, in welcher Form es auch sei, ablehnt und es auf den Vollstreckungszwang ankommen lassen will. Damit ist ohne weiteres die Besorgnis gerechtfertigt, daß nicht nur die Frist, sondern auch der Fälligkeitstermin fruchtlos verstreichen und der Kläger zur erneuten Klagerhebung gezwungen sein werde.

b) Muß dagegen das Leistungsurteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, so ist zunächst die Befürchtung, daß der Schadensfall eintreten werde, unbegründet. Denn es ist anzunehmen, daß der Kläger die Vollstreckung erfolgreich durchführen werde. Eine Gefahr in dieser Richtung ist nicht ersichtlich, auch dann nicht, wenn das Leistungsurteil auf Herausgabe geht. Mag auch der Verurteilte die in Streit befangene Sache (den Gegenstand der Individualvollstreckung) viel leichter beiseite schaffen können als sein Vermögen (den Gegenstand der Geldvollstreckung), so kann deshalb doch seine böse Absicht nicht unterstellt werden.

Ist also die Besorgnis nicht gerechtfertigt, daß der Schadensfall eintreten wird, so ist damit auch die Begründung zu a) hier nicht verwertbar. Es kann also nur bei Vollstreckungsgefahr in Ansehung der Primärleistung der Schluß gezogen werden, daß der Beklagte sich der mit Fristablauf entstehenden Zahlungspflicht entziehen werde.[39])

Man könnte gegen diese Ausführungen den Einwand erheben, daß sie von der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des Schadensfalles ausgehen, während man für die

---

[39]) And. M. Marquardt in JW. 1909 S. 37; Hellwig Bd. 1 S. 377. Obwohl beide eine Vollstreckung unbeschränkt für zulässig halten, erklären sie, die Gefahr des § 259 sei im Falle der Eventualklage regelmäßig schon daraus zu begründen, daß der Beklagte es zur Verurteilung auf Herausgabe kommen lasse. Ähnlich meint Sellner (S. 494), das Rechtsschutzinteresse des § 259 sei schon dann gegeben, wenn der Schuldner mit der Hauptleistung in Verzug sei. Wie kann aber aus den „Umständen" regelmäßig die Besorgnis gerechtfertigt sein, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Zahlung entziehen, wenn diese Umstände nicht einmal die Wahrscheinlichkeit ergeben, daß überhaupt der Ersatzanspruch in Kraft treten werde?

Frage, ob der Beklagte freiwillig zahlen werde oder nicht, gerade den Eintritt des Schadensfalles unterstellen und lediglich die Erklärungen und das sonstige Verhalten des Beklagten berücksichtigen müsse.

Allerdings läßt sich die Besorgnis, daß sich der Beklagte der künftigen Leistung entziehen werde, logisch unabhängig davon denken, ob es überhaupt zur Leistung kommen werde. Diese Scheidung kann jedoch nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen, das ausdrücklich dem Richter vorschreibt, die Besorgnis des § 259 „aus den Umständen" zu entnehmen. Er soll danach seinen Entschluß den gesamten aus dem Parteiverhalten zu entnehmenden Sachverhalt mit Rücksicht auf die mutmaßliche künftige Gestaltung zugrunde legen. Diese Auslegung des § 259 ist praktisch geboten, wie Moos S. 36/37 richtig betont, da „die Besorgnis des Ausbleibens der Leistung in der Luft stehen würde, wo die Erwartung, daß es überhaupt zu einer unbedingten Leistungspflicht kommen werde, nur eine schwach begründete ist". (Ähnlich Josef in JW. 1910 S. 920; Müller S. 821; and. M. Otte S. 24.)

Sind also die früheren Ausführungen in vollem Umfange aufrechterhalten, so ergibt sich für die praktische Gestaltung folgendes: Steht der Kläger einem böswilligen Beklagten gegenüber, dem eine Vereitelung der Vollstreckung auf Herausgabe zuzutrauen ist, so wird er einen Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung nicht stellen und sich auf die Geldvollstreckung nach Fristablauf verlassen, wenn er nicht in der Lage ist, die Besorgnis aus § 259 durch Darlegung der Vollstreckungsgefahr zu beweisen. Liegt dagegen die Gefahr, daß die Individualvollstreckung vereitelt werde, nicht vor, so wird der Kläger, falls ihm nicht gerade daran liegt, an Stelle der Sache den Wert zu erhalten, den Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung selbst auf die Gefahr hin stellen, daß die Eventualklage damit unzulässig wird.

Anger, der die herrschende Meinung teilt, daß eine Zwangsvollstreckung aus dem Primärurteil unbeschränkt zulässig ist, hält ein Verfahren gemäß §§ 255, 259 ZPO. in den Fällen für zwecklos, in denen die Primärverpflichtung des Schuldners auf Leistung von Diensten geht (a. a. O. S. 455). Hier sei ja die Zwangs-

vollstreckung gemäß § 888 Abs. 2 ausgeschlossen, infolgedessen habe die Verurteilung zur ursprünglichen Leistung überhaupt keinen Sinn. Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich das Gegenteil. Gerade wenn Dienste geschuldet werden, wird die Eventualklage auf Schadensersatz praktisch werden, da gerade hier mangels Zwangsvollstreckungsmöglichkeit aus dem Primärtitel das Rechtsschutzinteresse für die Eventualklage gegeben ist. Durch dieses Vorgehen sichert sich der Gläubiger außerdem die Möglichkeit der Vollstreckung auf die Eventualleistung unmittelbar nach Ablauf der Frist.[40])

Natürlich wird es unter Umständen einfacher sein für den Gläubiger, die Frist selbst zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf lediglich die Eventualleistung einzuklagen. Dadurch büßt der Gläubiger aber zunächst den wichtigen Vorteil ein, sofort nach Fristablauf auf Schadensersatz vollstrecken zu können. Abgesehen davon entbehrt dieses Verfahren auch der erforderlichen Sicherheit, da der Gläubiger, wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt wurde, häufig nicht in der Lage ist, die Interessen des Schuldners zu überschauen, also die Frist „angemessen" zu bestimmen. Mindestens unter diesen Umständen wird er also im Anschluß an die Klage auf Leistung der Dienste den Antrag auf urteilsmäßige Fristbestimmung stellen und zugleich die Eventualklage auf Schadensersatz erheben.

---

[40]) Es gewinnt also die Eventualklage, die einer Primärklage auf Dienstleistung angeschlossen wird, vor allem im Landgerichtsprozeß ihre Bedeutung. Vor dem Amtsgericht kann der Entschädigungsantrag gemäß § 510b auch incidenter gestellt werden.

Zweiter Teil.

Die urteilsmäßige Befristung nach § 510b ZPO.

Eine gleichzeitige gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs auf Leistung und des Eventualanspruchs auf Schadensersatz ist nach den früheren Ausführungen nur dann zulässig, wenn die Besorgnis des § 259 ZPO. gerechtfertigt erscheint. Von dieser Voraussetzung sieht der dem § 51 GewGG. nachgebildete Ausnahmefall des § 510b ZPO. ab. Im amtsgerichtlichen Verfahren kann nämlich der Beklagte, der zur Vornahme einer Handlung im Sinne der §§ 887, 888 ZPO. verurteilt wird, auf Antrag des Klägers zugleich zur Zahlung einer vom Gericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung für den Fall verurteilt werden, daß die Handlung nicht binnen einer urteilsmäßigen Frist vorgenommen wird.

1. Diese Vorschrift scheint ihrem Wortlaut nach völlig selbständig zu sein. Sie gibt jedoch keinen Aufschluß darüber, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Grundsätzen die Frist im Urteil zu bestimmen ist. Noch weniger setzt sie einen Schadensersatzanspruch fest für den Fall der Unterlassung einer geschuldeten Handlung. „Es ist undenkbar" — wie Förster-Kann (Erl. 2b zu § 510b) zutreffend betont —, „daß der Gesetzgeber einen materiellrechtlichen Schadensersatzspruch hätte schaffen wollen, der nur für den Fall durchsetzbar ist, daß er vor einem Amtsgericht geltend gemacht wird". § 510b kann also nur als Ergänzung der grundlegenden materiellen Vorschrift des § 283 BGB. gedacht sein (ebenso Förster-Kann a. a. O.; ähnlich Stein Erl. I und IV., Neukamp Erl. 2). Daraus ergeben sich die gleichen Folgerungen, wie im Falle des § 255 ZPO., nämlich:

a) § 510b setzt voraus, daß der Kläger außerhalb des Prozesses in der Lage ist, eine einschränkende Frist auf Vornahme

der Handlung mit der Folge des § 283 BGB. aus eigener Machtvollkommenheit zu bestimmen. Von der Rechtskraft des Urteils wird bei dieser Prüfung abgesehen.

b) Den Anträgen auf urteilsmäßige Befristung und Schadensersatz ist nur dann stattzugeben, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, er lehne die Leistung nach Ablauf der Frist ab (ebenso Lesser S. 115 Anm. 2).

c) Der Richter hat nicht eine beliebige Frist, sondern eine „angemessene", die auch den Interessen des Beklagten gerecht wird, zu bestimmen. Eine unangemessen kurze Frist begründet die Berufung an das Landgericht.

d) Die Frist beginnt erst mit dem zukünftigen, ungewissen Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils (zustimmend Lesser S. 115 Anm. 2). Es ist also ausgeschlossen, die Frist bereits mit der Verkündung des Urteils laufen zu lassen oder nach dem Kalender zu bestimmen (and. M. Stein Erl. IV, 4, Neukamp Erl. 2, beide ohne Begründung).

e) Eine Schadensersatzpflicht gelangt nicht zur Entstehung, wenn die Vornahme der Handlung durch einen vom Beklagten nicht zu vertretenden Umstand während der Fristdauer unmöglich wird. Es brennt z. B. die auszubessernde Scheune ab. In diesem Falle ist der Beklagte auf den Weg der Vollstreckungsklage (§ 767 ZPO.) angewiesen.[41])

2. Sieht man von der geschilderten gemeinsamen materiellen Grundlage des § 283 BGB. ab, so unterscheidet sich § 510b ZPO. von der im ersten Teil unter C dargestellten Klagenverbindung aus §§ 255, 259, 260 ZPO. sehr erheblich in folgenden Punkten.

a) Der Eventualanspruch auf Schadensersatz kann gemäß §§ 255, 259 ZPO. nur in der Form der Klage (§ 253) erhoben werden. Wird er erst nach Einleitung des Verfahrens über den Primäranspruch gerichtlich geltend gemacht, so liegt eine unzu-

[41]) Tritt die zufällige Unmöglichkeit zwischen Urteilsverkündung und Rechtskraft ein, so ist zur Begründung der Klage aus § 767 ZPO. der Nachweis erforderlich, daß die Unmöglichkeit auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Der Einwand wird hier nicht auf § 283 Satz 3, sondern auf § 287 Satz 2 BGB. gestützt.

läſſige Klageänderung vor. Demgegenüber ſind die Anträge aus § 510b formlos und noch bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinſtanz möglich. Da für den Antrag aus § 255 das gleiche gilt, ſo wird der Richter, falls er dem Entſchädigungsantrage aus § 510b nicht ſtattgeben will, gemäß § 139 ZPO. das Fragerecht auszuüben haben, ob bei Abweiſung des Entſchädigungsantrages der Antrag auf Friſtbeſtimmung aufrechterhalten werden ſoll. Denn es bleibt hier die Unklarheit, ob der Kläger nicht wenigſtens die notwendig auf gleicher rechtlicher Grundlage beruhende urteilsmäßige Befriſtung des § 255 ZPO. wünſcht.

b) Ein beſonderes Rechtsſchutzintereſſe für den Antrag aus § 510b wird — im Gegenſatz zu § 259 ZPO. — nicht gefordert. Man kann aber mit Anger (S. 456) ſagen, daß die Beſorgnis, der Schuldner werde ſich der Schadenserſatzpflicht entziehen, fingiert wird (and. M. Stein Anm. 7). Dieſe Fiktion, beſſer: unwiderlegbare Rechtsvermutung, iſt von dem oben vertretenen Standpunkt aus deshalb in hohem Grade berechtigt, weil die Vollſtreckung aus dem Primärtitel gemäß § 888a ZPO. ausgeſchloſſen iſt, und daher faſt eine Gewißheit beſteht, daß der Gläubiger nach Ablauf der Friſt eine Klage auf das Intereſſe erheben muß.

c) Während die Eventualklage, falls die Vorausſetzungen der §§ 255, 259 ZPO. vorliegen, ohne weiteres zuläſſig iſt, entſcheidet über die Zulaſſung des Entſchädigungsantrages aus § 510b das Ermeſſen des Gerichts. Damit iſt eine Rechtsunſicherheit geſchaffen, die die Vorteile des Paragraphen zum größten Teil aufhebt und auch nicht durch die Erwägung der Motive gerechtfertigt wird, daß das Gericht zur Ablehnung des Antrags vor allem bei langwierigen Beweiserhebungen über den Schadenserſatzanſpruch befugt ſein müſſe (Begr. 1909 S. 37). Da ſomit ein ſchlüſſig begründeter, aber nicht ohne weiteres feſtſtellbarer künftiger Schadenserſatzanſpruch aus praktiſchen Gründen zurückgewieſen werden kann, wird der Gläubiger in den Fällen, in denen er für die Höhe des Schadens umfangreichen Zeugen- oder Sachverſtändigenbeweis antreten muß, ſicherer gehen, die Eventualklage gemäß §§ 255, 259 zu erheben und den Antrag

auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung nicht zu stellen. Dann wird entsprechend den früheren Ausführungen das Rechtsschutzinteresse des § 259 als vorhanden angenommen und dem Beweisantritt stattgegeben werden müssen.[42])

d) Die Höhe des nach fruchtlosem Fristablauf entstehenden Schadensersatzanspruchs hat das Gericht nach freiem Ermessen zu schätzen. Es hat dabei ebenso wie im Falle der §§ 255, 259 ZPO. die Grundsätze des § 287 ZPO. anzuwenden, also unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden (Stein § 510b Erl. IV, 5). Maßgebend für die Bewertung ist der zukünftige ungewisse Zeitpunkt des Fristablaufs.

e) § 510b ist auf Herausgabe- und Sachleistungsansprüche (§§ 883, 884 ZPO.) leider nicht anwendbar, obwohl hier, wie früher ausgeführt wurde, ebenfalls ein dringendes Interesse des Gläubigers besteht, nicht auf die Individualvollstreckung angewiesen zu sein.

f) Der wichtigste Unterschied zwischen § 510b und der Klagverbindung aus §§ 255, 259 wurde bereits angedeutet. Er besteht darin, daß der Primäranspruch gemäß §§ 255, 259 ZPO. und § 283 BGB. nur während der Fristdauer, gemäß §§ 510b, 888a ZPO. überhaupt nicht vollstreckt werden kann. Im ersten Fall ist die Beschränkung der Beitreibung, wie oben dargelegt, aus dem Wesen der privaten einschränkenden Frist zu folgern, beruht also auf materiellrechtlichen Grundsätzen. Im zweiten Falle ist lediglich eine Zweckmäßigkeitserwägung maßgebend gewesen. Das Gesetz steht der Vollstreckung auf Vornahme einer Handlung (§§ 887 ff. ZPO.) — da es sich hier um die unbequemste und zeitraubendste Art der Zwangsbefriedigung in das bewegliche Vermögen handelt — geradezu feindselig gegenüber und zwingt daher den Gläubiger, der den Weg des § 510b wählt, auf sie überhaupt zu verzichten. Der Schwerpunkt des § 510b

[42]) Der Ansicht Steins, daß eine Ablehnung des Antrags auf Festsetzung der Entschädigung unzulässig sei, wenn der Kläger auf dem Antrag beharrt, ist nicht beizustimmen. Der Zweck des Paragraphen, eine Verkürzung des Verfahrens herbeizuführen (vgl. Begründung), würde meist nicht erreicht werden können, wenn er vom Belieben des Klägers abhinge. Das Ermessen des Gerichts würde außerdem zu einem bloßen „Zureden" abgeschwächt und damit gegenstandslos werden.

liegt also in § 888 a. Beide Paragraphen verfolgen das gemeinsame Ziel, eine Vereinfachung der Beitreibung durch Überleitung der Individualvollstreckung in die Geldvollstreckung bereits im Prozesse zu erreichen.[43])

Dieses praktische Ziel ist vom Gesetzgeber so einseitig im Auge behalten worden, daß die Zusammenhänge des § 510 b mit dem materiellen Recht aus dem Wortlaut des Paragraphen durchaus nicht erkennbar sind, sondern erst im Wege der Auslegung festgestellt werden mußten. § 510 b kann daher weder nach seiner Fassung, noch nach seiner Wirkung als eine besonders gelungene Vorschrift angesehen werden. Sie fällt in jeder Hinsicht aus dem Rahmen des geltenden Prozeßrechts heraus und ist nur geeignet, denjenigen, der die Zusammenhänge nicht überschaut, zu falschen Schlüssen für die Klageverbindung aus §§ 255, 259, 260 ZPO. zu veranlassen. (Ähnlich Hellwig, System S. 266.)

---

[43]) Da die Verpflichtung auf Vornahme der Handlung nicht erzwingbar ist, erscheint das Urteil insoweit nur noch als theoretische Grundlage ohne praktischen Wert für das Urteil auf Schadensersatz. Die §§ 510 b, 888 a ZPO. erreichen damit einen ähnlichen Erfolg, wie er bereits durch die actiones arbitrariae des römischen Rechts herbeigeführt worden ist.

Bekanntlich konnte die condemnatio des klassischen römischen Formularprozesses nur auf Geld gehen. Das erschien vor allem in den Fällen unbillig, in denen dem Kläger ein Anspruch auf Herausgabe (Vorlegung) einer Sache zustand und ihm gerade daran lag, die Sache zu erhalten. Deshalb gab der Prätor bei Klagen auf restituere (exhibere) dem judex durch Erweiterung der Formel („nisi arbitratu tuo restituetur (exhibebitur) condemna") die Macht, für den Fall, daß er zur Bejahung des klägerischen Rechts kommen sollte, das arbitrium de restituendo (exhibendo) zu erlassen. Dies war ein Gutachten und zugleich ein Befehl an den Beklagten, daß die Sache herauszugeben (vorzulegen) sei. War der Beklagte diesem Befehl ungehorsam (contumax) oder hatte er sich vorsätzlich außerstande gesetzt die Sache herauszugeben, so ließ der Richter den Kläger zur eidlichen Schätzung seines Geldinteresses zu (jusjurandum in litem oder in judico). Dieser Parteieid war Beweismittel für die aestimatio a judice facienda, der freien richterlichen Schätzung des Geldersatzes, zu dessen Leistung der Beklagte verurteilt wurde.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.